

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**A defesa da admissibilidade da localização por via do
sistema GPS no âmbito dos designados meios ocultos
de investigação criminal no quadro Processual Penal
Português**

Raquel Sofia Ramos Monteiro

Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses

Dissertação de Mestrado orientada pelo

Prof. Dr. Rui Soares Pereira

Lisboa, 2018

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**A defesa da admissibilidade da localização por via do
sistema GPS no âmbito dos designados meios ocultos de
investigação criminal no quadro Processual Penal
Português**

Raquel Sofia Ramos Monteiro

Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses

Dissertação de Mestrado orientada pelo

Prof. Dr. Rui Soares Pereira

A presente Dissertação não foi redigida segundo as normas do novo

Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa

Lisboa, 2018

“A superação das dificuldades na investigação criminal em ambiente digital passa, por um lado, pela aceitação da necessidade de incorporação de novas tecnologias de natureza oculta na investigação criminal e, por outro, por uma reconfiguração do enquadramento e tratamento desses métodos, removendo-os do domínio estrito da analogia com o mundo físico e conferindo-lhes espaço para a sua compreensão e desenvolvimento com plena autonomia.”

David Silva Ramalho

“Por mais que faça, nenhum Estado moderno foge a ser Estado Policial.”

Marcello Caetano

*Ao meu filho Martim e ao meu irmão Pedro,
Sementes de afecto e de futuro*

Agradecimentos

Ao Professor F.P., por me ter orientado, auxiliado e desafiado no decurso deste meu percurso académico, um muito obrigado.

Aos meus pais, pelo amor, atenção, carinho e educação que moldaram a pessoa que sou hoje. Encontrar-me-ei eternamente grata por todos os esforços que despenderam de forma a propiciar-me um futuro melhor.

Ao meu companheiro, pela paciência infinda, mas sobretudo pelo amor, dedicação e apoio incondicional proporcionado ao longo dos anos.

Agradeço ao Professor Doutor Rui Soares Pereira por ter aceitado ser Orientador deste meu labor de investigação e pela receptividade ao tema que lhe propus e sobre o qual me deu distintas indicações bibliográficas.

Resumo:

Neste estudo defendemos a admissibilidade da localização por meio de sistema GPS no quadro dos métodos ocultos de investigação criminal, sob o enquadramento constitucional e processual penal português. Conceptualizamos o que se entende por métodos ocultos, não deixando de atender ao circunstancialismo histórico que tem estado na génese da sua proliferação, tanto ao nível das novas formas de criminalidade como da evolução da tecnologia. Realçamos a importância decisiva de uma regulamentação autónoma da localização por meio do sistema de GPS, enquanto meio de obtenção de prova, elencando um conjunto de elementos que deveriam constar dessa norma habilitante a que o legislador ainda não dedicou a sua atenção. Na falta dessa mesma legislação, procuramos defender o modo como é possível proceder a uma interpretação extensiva do regime da localização celular e das escutas telefónicas ao sistema de localização por GPS, sendo que o ideal seria que existisse uma legislação autónoma que disciplinasse esta matéria objecto do nosso estudo. Percorremos o labor da jurisprudência onde é notória a utilização dos dispositivos de geolocalização que têm sido admitidos como meios de obtenção de prova atípica, quer do ponto de vista laboral quer do penal. Atendemos à querela doutrinal sobre esta matéria não geradora de consensos e analisamos as principais orientações, não deixando de nos comprometer com uma posição pessoal, crítica e fundamentada. Além disso conquanto defendamos a admissibilidade da localização por meio do sistema de GPS não deixamos de reflectir sobre nódulos problemáticos concêntricos com esta temática central, designadamente o risco de uma vigilância total que contende com direitos fundamentais como sejam o da reserva da vida privada (ao nível constitucional) ou a não disseminação deste método de forma indiscriminada, porquanto é essencial atender às suspeitas fundadas e à subsidiariedade.

Palavras-chave: GPS, Prova atípica, Método oculto; Investigação criminal; Admissibilidade; Lacuna legislativa.

Abstract:

In this research we defend the admissibility of GPS within the framework of surveillance methods of criminal investigation in accordance with portuguese constitutional and procedural criminal law. We conceptualize what is meant by occult methods, while not failing to consider the historical circumstantial that have been at the origin of its proliferation, both in terms of new forms of crime and the development of technology. We emphasize the decisive importance of an autonomous GPS regulation, as means of obtaining evidence, and listing a set of elements that should be included in the enabling norm to which the legislator is not yet been devoted to their attention. In the absence of this very same legislation, we seek to defend the way in which it is possible to proceed with an extensive interpretation of the regime of cellular location and wiretapping to the GPS, being that ideally there should be an autonomous law that disciplines this object-matter of our study. We turn to the work of jurisprudence where is well known the use of geolocation devices admitted as means of obtaining atypical evidence, both from a labor and criminal perspective. We attend to the doctrinal quarrel on this matter that does not generate consensus and we analyze the main guidelines, while not compromising with a personal, critical and founded position. In addition, conquest advocates an admissibility of GPS does not fail to reflect on problematic nodules with this central theme, namely the risk of a total vigilance that contends with fundamental rights as the reservation of a private life (at constitutional level) or the not dissemination of the method in an indiscriminate way, as it is essential to consider the established suspicions and subsidiarity.

Keywords: GPS (Global Position System); Atypical proof; Occult method; Criminal investigation, Admissibility; Legislative gap.

Índice

Siglas e acrónimos	X
Introdução	1
Capítulo I: A localização por via do sistema GPS no quadro dos métodos ocultos de investigação criminal	8
1.1. O conceito de método oculto de prova	8
1.2. Fundamento e limites dos métodos ocultos de investigação criminal	17
1.3. A legalidade da prova no contexto dos novos métodos ocultos de investigação criminal	23
1.4. A autoridade competente para autorizar os métodos ocultos	33
Capítulo II: A admissibilidade da localização por via do sistema GPS como meio oculto de prova à luz dos princípios constitucionais: em que medida e intensidade são atingidos direitos fundamentais?	36
2.1. Direitos fundamentais pretensamente violados	36
2.1.1. O direito à intimidade/privacidade: A admissibilidade da esfera íntima ser atingida por métodos ocultos, em especial o da localização por via GPS	36
2.1.2. O direito à inviolabilidade das comunicações	46
2.1.3. O direito à auto-determinação informacional	48
2.1.4. O direito à confidencialidade e à integridade dos sistemas técnico-informacionais	52
2.1.5. O Direito à liberdade de movimento	53
2.2. Discussão dos argumentos que inviabilizam a admissibilidade da obtenção de dados por métodos ocultos, em especial o da geolocalização: até que ponto este método se inclui no modelo orwelliano de Sociedade?	56
2.2.1. Em que medida o sistema de localização por meio de GPS faz parte de uma sociedade de vigilância total?	56
Capítulo III: A admissibilidade da localização por via do sistema GPS como meio oculto de prova à luz dos princípios processuais penais	60
3.1. Princípio da investigação ou da verdade material	61
3.2. Princípio da presunção de inocência	63
3.2.1. Como conciliar a presunção de inocência com os métodos ocultos de investigação criminal e em especial com o da geolocalização?	63
3.3. Princípio da exigência do processo equitativo e de garantia de todos os meios de defesa	65
3.3.1. Em que medida a localização por via de GPS colide com o princípio da lealdade processual?	65
3.4. Princípio nemo tenetur se ipsum accusare	66

3.5. Princípio da legalidade da prova.....	67
3.6. A admissibilidade da obtenção de dados de localização através do sistema de GPS, enquanto meio de obtenção de prova atípico à luz do artigo 125º do CPP	68
Capítulo IV: A ausência de legislação relativa à localização por via do sistema de GPS: perspectiva crítica	78
4.1. A reserva de lei e seus corolários no âmbito dos métodos ocultos de prova	78
4.2. A aplicação analógica deste método de investigação criminal	92
4.3. Tudo aquilo que deveria constar de regulamentação, mas a que o legislador não deu resposta.....	102
Capítulo V: A admissibilidade da obtenção de dados de localização por meio do sistema GPS à luz da jurisprudência	110
5.1. Análise de alguns dos Acórdãos mais significativos nesta matéria: seus contributos para esta problemática	110
Capítulo VI: posição adotada sobre a admissibilidade da obtenção de dados de localização por via do sistema de GPS	131
6.1. Posição crítica face aos argumentos contra a sua inadmissibilidade	131
Conclusão	143
Bibliografia geral.....	149
Bibliografia específica.....	155
Jurisprudência nacional	167
Jurisprudência internacional	169
Legislação.....	169

Siglas e acrónimos

AAVV – Autores vários

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CC – Código Civil

Cit. - Citado

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cf. – Conferir/verificar

CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados

Coord. - Coordenação

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

Ed. - Editora

EUA – Estados Unidos da América

Etc. – Etcetera

GPS – *Global Position System*

IMEI – *International Mobile Equipment Identity*

IMSI – *International Mobile Subscriber Identity*

JIC – Juiz de Instrução Criminal

LPDP – Lei de Protecção de Dados Pessoais

M.ma - Meritíssima

MP – Ministério Público

Nº - Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

Op. - Obra

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PJ – Polícia Judiciária

P./pp. – página/páginas

p.ex. – Por exemplo

SMS - *Short Message Service*

ss. – Seguintes

ST – Supremo Tribunal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

USA - United States of America

TC – Tribunal Constitucional

TIC – Tecnologias da Informação e Comunicação

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG - Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

V.g. – *Verbi Gratia*

Vol. – Volume

Introdução

Este estudo tem como objectivo fundamental defender a admissibilidade da localização por meio de sistema de GPS, no âmbito dos denominados meios ocultos de investigação criminal no universo processual português. Para lá deste labor de investigação versar, prioritariamente, sobre a nossa posição em defesa da admissibilidade da localização por via do mecanismo de GPS, enquanto meio de obtenção de prova, é nossa intenção problematizar a localização por GPS no quadro mais amplo dos métodos ocultos de investigação criminal.

Tendo em conta a ausência de norma legal regulamentadora do regime do método do sistema de localização por via de GPS, procuraremos proceder ao questionamento acerca da admissibilidade ou não da aplicação analógica deste método oculto de obtenção de prova em relação aos demais métodos ocultos de investigação criminal, não deixando de elencar os argumentos a favor e contra, nem de, tampouco nos comprometermos com uma posição pessoal, crítica e fundamentada, na medida em que o legislador ainda não regulamentou seja a utilização, seja os requisitos indispensáveis para o recurso a este dispositivo de geolocalização. Uma legislação que, assim o defenderemos, deverá ser elaborada o mais brevemente possível.

Uma outra temática de que cuidaremos será a de questionar de que forma o GPS, como meio de prova atípico, colide, e em que extensão e intensidade, com direitos fundamentais, em especial, o direito à intimidade/privacidade; o direito à inviolabilidade das comunicações; o direito à auto-determinação informacional; o direito à confidencialidade e à integridade dos sistemas técnico-informacionais; o direito à liberdade de movimento e ainda a sua conformação com princípios essenciais do Processo Penal, como sejam: o princípio da investigação ou da verdade material; o princípio da presunção de inocência; o princípio da exigência do processo equitativo e de garantia de todos os meios de defesa; o princípio da lealdade processual; o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e o princípio da legalidade da prova.

Além disso, é nosso propósito enfatizar os benefícios da utilização desta ferramenta, propiciada pelo célere avanço das tecnologias, em sede de investigação criminal e ainda configurar este meio de obtenção de prova atípica à luz do artigo 125º do CPP.

Com efeito, procuraremos clarificar o cariz pouco intrusivo deste meio de obtenção de prova, seja no que concerne às potenciais colisões com princípios

constitucionais, seja com princípios processuais penais. Admitindo que os dados obtidos pelos aparelhos de GPS constituem prova documental, urge saber se um meio de obtenção de prova com estas características é admissível na ordem jurídica portuguesa, pese embora a ausência de lei que legitime a sua utilização, conquanto esta alastre ao nível da jurisprudência, bem como da doutrina.

Quanto às razões que determinaram a escolha desta problemática, em termos objectivos, a principal prendeu-se com a existência de uma querela doutrinária – e inclusive jurisprudencial – incidente nesta matéria, a qual possui grande actualidade e relevância, não só pelas novas formas de criminalidade que assolam a nossa sociedade, como também pela necessidade de o Direito se acomodar ao progresso tecnológico, o qual, na verdade, abre flanco a novas virtualidades na obtenção de prova e na busca da verdade material que, finalisticamente, é o desiderato maior do processo penal.

Quanto às questões reguladoras desta nossa pesquisa, em virtude do seu objecto de estudo, serão, sobretudo, três, a saber:

- Até que ponto é admissível a utilização do sistema de localização por via de GPS enquanto meio de prova atípico no ordenamento jurídico português?
- Como proceder à interpretação do recurso a este método oculto de investigação criminal na falta de habilitação legal? Questão que se desdobra nas seguintes: Através da analogia? Através da interpretação analógica? Através da interpretação extensiva e/ou actualista?
- O que é que deveria constar de regulamentação, mas a que o legislador não deu resposta?

No que respeita à metodologia, este estudo segue uma abordagem qualitativa, assente no paradigma interpretativo, na medida em que se pretende proceder a uma análise e interpretação de elementos da realidade social e da realidade jurídica e compreender o modo como se reciprocam no que aos avanços tecnológicos diz respeito. Dentro desse enfoque qualitativo, recorreremos, *prima facie*, ao método hipotético-dedutivo, conquanto não deixemos de utilizar também o método dialético, em virtude da discussão de diferentes orientações doutrinárias atinentes aos *itens* nucleares do nosso estudo. Lateralmente, sobretudo em matéria de legislação, utilizaremos ainda o método de procedimento comparativo, por via de alusões ao direito comparado.

Quanto às técnicas de investigação utilizaremos, em especial, a documentação indirecta por via de uma pesquisa documental e bibliográfica: recurso a uma pesquisa analítica, que terá como fontes primárias a legislação, a jurisprudência, estudos

monográficos, artigos de âmbito jurídico e igualmente de outras áreas do saber, porquanto as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, quer dos Tribunais portugueses como também do TEDH, acerca das temáticas abordadas se traduzem num elemento essencial para o melhor entendimento das diferentes perspectivas a que juntaremos um contributo pessoal e crítico para a análise da tónica em causa.

A arquitectura deste nosso estudo encontra-se estruturada em seis capítulos.

O capítulo I constitui uma contextualização do sistema de GPS no âmbito dos métodos ocultos de investigação criminal, encontrando-se subdividido em quatro *itens*. Procedemos, num primeiro momento, à conceptualização de método oculto de prova, trazendo à colação diferentes entendimentos doutrinários sobre o que deve entender-se por método oculto de prova na investigação criminal. Seguidamente, focámo-nos no fundamento e limites dos métodos ocultos de investigação criminal, onde clarificámos, especialmente, temas como: os crimes que legitimam a utilização de métodos ocultos de prova, os requisitos atinentes ao grau de suspeita e de necessidade (referindo a necessidade de respeito pelo princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, bem como a exigência de um menor número possível de entorses aos princípios constitucionais e processuais penais), elencámos os sujeitos alvo destes métodos ocultos de investigação e ainda o requisito referente ao limite temporal que este meio de investigação deverá encerrar. Ainda neste capítulo I, analisámos a questão da legalidade da prova, especialmente o princípio aplicado à localização através de GPS, tendo a trajectória da análise deste *item* passado por uma conceptualização do GPS em si mesmo e do seu modo de funcionamento; pela enfatização da controvérsia doutrinária (e inclusive jurisprudencial), acerca da qualificação da localização por intermédio do GPS como meio oculto, a qual, na realidade, não é credora de consensos, tal como atestam as posições que enumerámos, elegendo umas e rebatendo outras; uma primeira incursão pela exegese do artigo 125º do CPP com vista ao esclarecimento do princípio da legalidade a partir do mesmo; referência das formas de intromissão à luz do artigo 32º da CRP, concluindo este ponto com a consideração segundo a qual a localização através de GPS não colide de forma intensa com o direito à intimidade da vida privada e ainda destacámos a valorização jurisprudencial da obtenção de prova através deste meio, não obstante a ausência de uma norma habilitante expressa, ou seja, de uma legislação autónoma sobre a matéria constitutiva do nosso objecto de estudo. Terminámos o capítulo I com a questão da autoridade competente para autorizar os métodos ocultos de investigação criminal, não deixando de sistematizar variegadas

orientações doutrinárias sobre a indispensabilidade ou não de uma autorização seja pelo MP, seja pelo JIC, de modo a evitar a sua aplicação directamente pelas autoridades policiais e, por consequência, os abusos e o perigo de um Estado neo-policial, sendo aliás essa autorização pelas autoridades competentes um dos limites a traçar ao poder de polícia, pois, como defenderemos, esse recurso aos métodos ocultos de prova pela polícia deve estar vinculado aos princípios estruturantes de um Estado de Direito Democrático, bem como às normas e princípios constitucionais, onde o respeito pelos Direitos do Homem deve assumir a primazia. **No capítulo II** procurámos confrontar o sistema de localização por via de GPS com princípios constitucionais que gravitam em seu torno, de modo a aferirmos o grau de lesividade que tal método pode albergar, sendo que a conclusão a que chegámos é que não se trata de um método especialmente intrusivo, bem pelo contrário; o seu grau de lesividade é significativamente reduzido, sobretudo em contraste com outros métodos ocultos de investigação criminal inclusivamente já regulamentos pelo legislador, tal como, por exemplo, o sistema amovível de matrículas, as escutas telefónicas, a localização celular, a videovigilância, entre outros. Começámos por verificar a potencial colisão com o direito à intimidade/privacidade (consagrado no artigo 26º, nº1 da CRP, artigo 12º da DUDH e 8º da CEDH) e, à luz do artigo 18º, nº2 CRP, procurámos proceder a essa aferição a propósito da restrição de direitos, liberdades e garantias, não deixando de proceder a uma análise, de modo sincopado, do conteúdo do direito fundamental em causa, bem como a admissibilidade de restrições da esfera privada, desde que em conformidade com o princípio da proporcionalidade nas suas três vertentes. Além disso, enumerámos diferentes orientações doutrinárias sobre a intrusividade deste método ao nível da intimidade/privacidade e ainda seleccionámos algumas referências significativas da jurisprudência justamente atinentes ao direito da reserva à vida privada. O segundo direito que escrutinámos foi o da inviolabilidade das comunicações à luz do artigo 34º, nº2 CRP, em que acentuámos o seu carácter não absoluto e a susceptibilidade da sua restrição em sede de processo criminal, o que nos permitiu concluir que o potencial lesivo do sistema de GPS é mínimo, na medida em que não são divulgados os conteúdos das comunicações privadas, sendo mantida a inviolabilidade da correspondência. Além disso, confrontámos o método de localização de GPS com o direito à auto-determinação informacional, consignado no artigo 35º da CRP, tendo procedido à definição do conteúdo do direito em causa. Quanto ao direito à confidencialidade e à integridade dos sistemas técnico-informacionais salientámos que a sua criação provém de uma sentença

proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e que não tem uma consagração expressa na CRP, clarificando ainda a circunstância de ser passível de restrições e também afluímos a questão da interconexão de dados. Verificámos igualmente o direito à liberdade de movimento, à luz do artigo 27º, nº1 da CRP, o qual é parcialmente restringido pelo GPS, conquanto este dispositivo não impeça, em rigor, a liberdade de locomoção entendida como a deslocação de um lugar para outro. A este respeito explicitámos a posição contrária de Benjamim Silva Rodrigues para quem a utilização de dispositivos electrónico-digitais de GPS só tem legitimidade caso ocorra em sede de uma criminalidade dotada de uma especial gravidade. Ademais, defendemos que não pode haver abuso de controlo, designadamente no âmbito do direito laboral. Terminámos este capítulo com a seguinte reflexão: até que ponto o sistema de localização por via GPS é mais um dos ingredientes do que Paulo Otero denomina como modelo orwelliano de sociedade no âmbito de um esvaziamento do Estado de Direitos fundamentais, imposto pelo progresso técnico. Procurámos, assim, cientes de uma cada vez maior compressão dos direitos fundamentais verificar em que medida este método oculto de investigação em específico potencia conflitos entre o interesse público na eficácia da investigação criminal e os direitos, liberdades e garantias dos visados. É uma matéria de grande interesse e actualidade a exigir blindagens que possam evitar abusos desde logo de Constituição, o que se afigura como um desafio em aberto para o qual contribui a reserva muito relevante feita nomeadamente pela decisão do TEDH no Processo Jalloh vs Alemanha de 11/07/2006 considerando que “[...] mesmo perante as mais difíceis circunstâncias como a luta contra o terrorismo e o crime organizado, a protecção dos direitos fundamentais não é negociável para lá das excepções e derrogações previstas pela própria Convenção.”. Conquanto exista uma degeneração na protecção dos direitos fundamentais, não podemos deixar de considerar que, desde que balizados por parâmetros e blindagens ajustados, desde logo, o princípio da proporcionalidade, os métodos ocultos de investigação se mostram necessários com vista à manutenção de uma investigação criminal mais eficaz. Daí que, a este respeito, subscrevamos a exigência de tais métodos serem consagrados com um elevado grau de parcimónia, não devendo ser consagrados sem cautelas e nunca perdendo de vista que tal consagração “[...] só pode ser pensada, institucionalizada e aplicada aos casos da vida em que for concretamente compatível com a *Rechtskultur* do Processo Penal do

Estado de Direito e não puser em causa aquilo que, naquele processo, persiste como indisponível.”¹. O **capítulo III** teve por finalidade escrutinar a admissibilidade da localização por via do sistema de GPS enquanto meio oculto de prova à luz dos princípios processuais penais, tais como: o princípio da investigação ou da verdade material; o princípio da presunção de inocência, o princípio da exigência do processo equitativo e da garantia de todos os meios de defesa; o princípio da lealdade processual; o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e princípio da legalidade da prova, sendo que na análise deste último escorámos a nossa reflexão em torno dos artigos 125º e do 126º do CPP. *Grosso modo*, o desenho deste capítulo permitiu-nos firmar que a eficácia da justiça penal constitui um pressuposto basilar do Estado de Direito e, por isso, a investigação criminal, com o escopo da procura da verdade material, deve ser o mais operacional possível sem com isso proceder a uma ingerência intolerável nos direitos fundamentais, mormente na reserva da intimidade da vida privada enquanto expressão da própria dignidade da pessoa humana e que, nessa medida, não deverá prescindir da ferramenta dos dispositivos de geolocalização, até porque não configuram uma ingerência desproporcionada. Por outro lado, sublinhámos o facto de o legislador não haver estabelecido expressamente a nulidade de provas obtidas por meio do sistema de localização por GPS e interpretámos o artigo 125º do CPP como legitimando a admissibilidade de todas as provas não proibidas por lei, e mais acrescentámos que o método de obtenção de prova por via de GPS não se encontra taxado de nulo à luz do artigo 126º do CPP, sendo as provas, salvo disposição em contrário, apreciadas segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente, conforme o preceituado no artigo 127º do CPP. O **capítulo IV** teve como objectivo central apreciar criticamente – e de forma negativa – a falta de legislação autónoma que regule a localização de GPS, o que nos permitiu aventar um conjunto de elementos que deveriam constar de uma regulamentação por fazer. Ainda neste capítulo reflectimos sobre a temática da reserva de lei e seus corolários e ainda sobre a, justamente na falta de lei expressa habilitante da localização por via de GPS, melhor forma de integrar o regime a partir de outros já chancelados pela Lei. A posição que defendemos a este respeito foi a seguinte: inadmissibilidade da aplicação analógica dos regimes jurídicos dos métodos ocultos já objectos de normas habilitantes ao sistema de localização por via de GPS, com vista a evitar discricionariedades em virtude do desrespeito pelas especificidades

¹ ROGALL, Klaus (2011) “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha, in 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, p. 131.

de cada um dos métodos, seja em termos de eficácia, seja, e sobretudo, em termos de conformidade com as normas, os princípios e a axiologia constitucional e ainda processual-penal. Por conseguinte, idealmente, o que defendemos é uma via autonomizadora, ou seja aquela que evita a incorporação da localização por GPS seja no quadro da localização celular, seja no das escutas telefónicas. Defendemos ainda como exequível proceder a uma interpretação extensiva quer da localização celular quer das escutas telefónicas e igualmente sustentamos a pertinência de se recorrer à interpretação actualista em sequência das inovações tecnológicas. No **capítulo V** seleccionámos um conjunto de Acórdãos onde é bem patente o labor jurisprudencial em torno desta matéria da localização por via de GPS a que o legislador tem sido indiferente. Por contraste a essa inércia do impulso legiferante, há um acervo de Acórdãos em que os dados recolhidos através dos dispositivos de geolocalização são valorados enquanto provas e, além disso, a jurisprudência acaba por delimitar um âmbito para a temática do sistema de localização por GPS que pode ser muito profícuo até para o legislador, porquanto, sem unanimidade, a orientação maioritária da jurisprudência vai, precisamente, no sentido da admissibilidade do GPS enquanto método oculto de obtenção de prova atípica. Aliás, esse labor jurisprudencial tanto tem incidido sobre matéria laboral como sobre matéria estritamente penal.

Finalmente, como anel de fecho o **capítulo VI** permitiu-nos, face às posições a favor e contra a admissibilidade da obtenção de dados de localização por meio de sistema de GPS, não só expor os argumentos aduzidos em que tais orientações assentam como ainda adoptar, fundamentos para a nossa posição acerca da admissibilidade deste método oculto de obtenção da prova no ordenamento jurídico português, através de um exercício dialéctico-analítico de verificação das premissas e conclusões dos autores que se pronunciam a favor da inadmissibilidade.

Capítulo I: A localização por via do sistema GPS no quadro dos métodos ocultos de investigação criminal

1.1. O conceito de método oculto de prova

Os vários métodos ocultos de investigação criminal traduzem uma intromissão nos processos de acção, interacção, informação e comunicação das pessoas em concreto visadas, sem que estas disso tenham conhecimento ou disso se apercebam. A sua emergência está directamente conexas com a célere evolução das inovações tecnológicas que fazem proliferar novos métodos de investigação criminal. Inclusive para boa parte da doutrina tais métodos ocultos de prova conduzem a uma crise do processo penal no sentido em que, conforma BERNSMANN/JANSEN, “O Estado liberal perdeu uma batalha importante, por ventura decisiva.”².

Segundo Manuel da Costa Andrade, e de uma perspectiva diacrónica, os meios ocultos de investigação não representam, rigorosamente, uma novidade, dando como exemplo o recurso a *agentes encobertos*. Segundo o mesmo autor o que existe de novo é “[...] o carácter *institucionalizado* das medidas, a sua legitimação material e formal-procedimental pela ordem jurídica.”³, acrescentando ainda que:

“Quando a sua prática não encontra expressa e directa previsão legal [tal como sucede com a localização por via do sistema GPS], sempre é possível apelar para os princípios básicos da lei constitucional ou ordinária para a justificar e para legitimar a valoração processual das provas que ela permitiu alcançar. Nova é a outrossim e em segundo lugar, a *generalização* destas práticas, por vezes a assumir expressão verdadeiramente massificada.”⁴.

² Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p.531.

³ *Idem. Op. Cit.*, p. 532.

⁴ *Ibidem*. Exemplo dessa massificação é a experiência das escutas telefónicas, até porque estas são paradigmáticas do modo como o recurso às modalidades ocultas de investigação tende a ser crescente, em virtude do progresso e das inovações tecnológicas, como é o caso da introdução do telemóvel, até porque este facilita também a aquisição dos dados de localização, permitindo aceder a uma recapitulação da trajetória dos movimentos do seu portador. Sobre esta questão, directamente ligada ao nosso objeto de estudo, acrescenta o autor: “A este propósito suscita-se um problema praticamente desconhecido em Portugal, mas já com uma presença significativa na jurisprudência e na doutrina alemãs, tendo já mesmo merecido tratamento normativo por parte do legislador germânico.” *Idem. Op. Cit.*, p.533.

Ainda em jeito de enquadramento histórico desta problemática, é um facto incontornável que nas últimas décadas de vigência do CPP a criminalidade sofreu mudanças significativas, como sejam a crescente criminalidade organizada, ameaça do terrorismo e o fenómeno da globalização e, sobretudo, a proliferação de novas tecnologias.

Eis como Benjamin Silva Rodrigues conceptualiza os métodos ocultos de investigação: “[...] são aqueles métodos que representam uma intromissão nos processos de acção, interação, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência, conhecimento ou disso sequer se apercebam.”⁵.

Alguns exemplos de métodos ocultos de investigação criminal são o agente infiltrado, o registo de voz e imagem, o dito contributo dos arrependidos ou – e é esse aquele que mais nos importa atendendo ao nosso objecto de estudo – a localização geográfica. Muita controvérsia têm gerado estes novos meios de obtenção de provas, porquanto muitos autores veem neles um novo paradigma securitário do direito penal, cujo efeito é uma diminuição das garantias dos cidadãos e consequentemente a violação dos seus direitos fundamentais, tal como entende Costa Andrade⁶. Outro dos perigos diz respeito à introdução de uma faceta regulatória à própria polícia de investigação criminal, em virtude da falta de regulação ao nível da legislação, o que acarreta perigos de arbitrariedade com uma utilização massificada de tais métodos ocultos de investigação. Daí que o Estado não possa demitir-se da actividade reguladora que lhe é inerente desde a sua génese nem deixar nas mãos da polícia criminal o exercício de uma *vigilância exortativa*⁷, no âmbito de um novo figurino da actividade policial em sequência da evolução da tecnologia. Por conseguinte, não podem os métodos ocultos de investigação criminal, entre eles o sistemas de localização por via de GPS, constituir mais uma ferramenta alavancado na vigia da torre de controlo de todos os passos dos ocupantes da cela, tal como teorizou Jeremy Bentham e na sua linha Michel Foucault, o panóptismo, já que, assim utilizados, estes métodos ocultos permitem tão-somente uma visibilidade

⁵ RODRIGUES, Benjamin Silva, (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p. 37.

⁶ (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p.528.

⁷ JÚNIOR, António Humberto de Souza (2003) “Será o Estado pós-moderno um Estado neo-policial? In *Estudos de Direito de Polícia. Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002* [Regência: Jorge Miranda]. Lisboa AAFDL, p. 539.

armadilhada em que o cidadão é visto sem ver o objecto pan-óptico, por mais eficaz que tal objecto pareça ser, o que naturalmente poderá acarretar não só consequências perniciosas para os direitos fundamentais como também para as garantias do arguido, tais como o direito a recusar prestar depoimento, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ou situações em que o arguido pode contribuir para a sua própria incriminação de maneira inconsciente. Outra questão essencial para que remetem os métodos ocultos de investigação criminal é a seguinte: como conciliar o princípio da investigação e da descoberta da verdade material com os direitos fundamentais dos visados? Ora, estes visados, nomeadamente os arguidos, jamais podem ser tratados como meros *objectos do processo*⁸.

Por outro lado, como mostraremos mais adiante, é criticável a letargia do legislador que perdeu uma boa oportunidade, aquando da revisão do CPP de 2007, de ter atendido mais adensadamente a estes métodos ocultos, porquanto não bastam, de forma alguma, diplomas extravagantes que, muitas vezes, apenas servem de disfarce à inércia legiferante e para a consagração de meios não previstos na lei.

Ainda segundo Costa andrade, na categoria, relativamente híbrida, de investigação oculta inclui-se uma panóplia heterogénea de meios e obtenção de conhecimentos, deixando margem para que os agentes de investigação criminal possam intrometer-se nos processos de comunicação – a que acrescentamos de locomoção – privada das pessoas investigadas que disso não têm conhecimento⁹.

No âmbito da investigação dita oculta integra-se um acervo variegado e heterogéneo de meios de obtenção de conhecimentos. Ainda acerca das escutas telefónicas erigidas como paradigma dos meios ocultos de investigação, elas são facultadoras de um “[...] referente obrigatório para o intérprete e aplicador, confrontado com os problemas jurídicos suscitados pelos outros meios ocultos.”¹⁰.

No que a estas diz respeito enquanto exemplo emblemático¹¹ retemos a seguinte perspectiva:

⁸ (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p. 107.

⁹ *Idem. Op. Cit.*, p. 532.

¹⁰ *Idem. Op. Cit.*, p.533.

¹¹ Neste sentido e em termos de impulso legiferante, realçamos o seguinte ponto de vista: “A análise de alguns nódulos problemáticos das «escutas telefónicas» permite-nos colher os principais ensinamentos necessários à fixação de um «sistema» ou regime global unificado dos métodos ocultos de investigação criminal, visto que este meio de obtenção de prova contém «em german» todos os ingredientes imprescindíveis à fixação dos *pressupostos formais e materiais de um regime unificado e uniformizado*

“[...]e a verdade é que, tanto pelo seu acentuado relevo prático como pelo carácter mais elaborado e aperfeiçoado do seu regime jurídico, modelado ao longo de décadas de produção legislativa, legislação doutrinal e labor jurisprudencial, as escutas telefónicas gozam hoje, no panorama de uma «teoria geral» dos meios ocultos de investigação, de um estatuto de paradigma arquético e figuram como referente obrigatório para o intérprete e aplicador, confrontado com os problemas jurídicos suscitados pelos outros meios ocultos. E que hoje integram um denso e alargado espectro, muito para além das escutas telefónicas.”¹².

Desde logo, as escutas telefónicas remetem-nos para a problemática das intervenções restritivas, isto porque as normas do CPP que regulam a admissibilidade deste método oculto de investigação criminal afiguram-se como normas restritivas de direitos fundamentais: a escuta telefónica, autonomamente considerada, direccionada a um determinado cidadão, constitui uma intervenção restritiva. A este propósito, é importante o seguinte esclarecimento:

“[...] se bem que essas leis restritivas de carácter geral e abstracto e as intervenções restritivas, individuais e concretas, constituam o conjunto das restrições em sentido lato, em geral as primeiras funcionam como fundamento, critério e justificação das últimas, ou seja, as intervenções restritivas são legítimas se e na medida em que forem autorizadas pelas normas constitucionais ou pelas restrições dos direitos fundamentais entretanto verificadas ou reconhecidas.”¹³.

Integrando a categoria mais geral dos métodos ocultos de investigação, isto é, o conjunto de meios/métodos permissivos da recolha de prova sem que quem a fornece conheça que se está a auto-incriminar de uma maneira *inconsciente*¹⁴. Tais métodos ocultos emergiram através do DL n° 78/87 de 17 de Fevereiro publicado na 1ª Série, n° 40 do *Diário da República*, pp. 617-699, que veio revogar o CPP de 1929 e aprovar o CPP de 1987, não obstante a referência que já ocorria no artigo 210º do CPP de 1929. Com o CPP de 1987 interessa-nos, sobremaneira, sobrelevar o artigo 187, n°1 que, na sua versão originária, veio considerar como admissível, mediante despacho do juiz, a

dos métodos ocultos de investigação criminal.” RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p. 66.

¹² *Ibidem*.

¹³ NOVAIS, Jorge dos Reis (2003) *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Parte II. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, p. 183.

¹⁴ A este respeito Cf., ANDRADE, Manuel da Costa(2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora; ROGALL, Klaus (2011) “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha, in *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 117-145.

intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas, incidindo sobre um determinado catálogo de crimes configurado pelo legislador e no caso de existirem razões para considerar que a diligência em causa se mostrasse de grande valia para a descoberta da verdade ou para a prova. Evocamos que tal redacção originária desse preceito foi objecto de fiscalização preventiva da constitucionalidade e que o TC no seu **Acórdão nº 7/87**, Processo nº 754/86, (Relator Mário de Brito) se pronunciou no sentido da sua não inconstitucionalidade¹⁵. O DL nº 317/95, de 28 de Setembro, introduziu algumas modificações no regime vigente das escutas telefónicas, adicionando novos crimes ao catálogo legal de delitos para os quais a escuta telefónica se mostrava legítima. Por sua vez, registámos uma outra modificação através da Lei nº 48/2007 de 29 de Agosto, em que assistimos a uma regulação mais extensa e densificada da matéria face às precedentes versões da norma do artigo 187º CPP, vindo a tratar questões que careciam de respaldo legal, nomeadamente a duração da medida; limitação da mesma à fase de inquérito e apenas tendo competência para a sua autorização o JIC (artigo 187º nºs 1 e 2); as pessoas contra quem se pode lançar mão da escuta telefónica e os novos crimes aditados ao conjunto legal até então vigente.

Um dos métodos ocultos de investigação que mais tem sobressaído nos últimos tempos é justamente a intromissão nas telecomunicações, designadamente a intromissão nas comunicações por telemóvel e mais ainda porque, para o que à nossa temática respeita, avultam também nesse âmbito os dados de localização cujo acesso é passível de refazer a trajectória dos movimentos do seu portador:

“[...] isto é, permite determinar os lugares em que ele esteve em cada preciso momento. A este propósito suscita-se um problema praticamente desconhecido em Portugal, mas já com uma presença significativa na jurisprudência e na doutrina alemãs, tendo já mesmo merecido tratamento normativo por parte do legislador germânico.”¹⁶.

¹⁵ Segundo o douto TC: “O nº1 do artigo 187º do Código, ao permitir a intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas, por despacho do juiz, quanto aos crimes aí mencionados, e o artigo 190º, ao mandar aplicar esse preceito às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio diferente do telefone [que extensivamente poder-se-ia interpretar o termo telefone como o GPS], não ferem o disposto no nº1 do artigo 26º da Constituição (direito à reserva da vida privada e familiar), já que, face à natureza e gravidade desses crimes, as restrições impostas não infringem os limites da necessidade e proporcionalidade exigidos pelos nºs 2 e 3 do artigo 18º da Constituição.” Por maioria de razão, *mutatis mutandis*, este aresto abre a possibilidade de defendermos a admissibilidade do modelo de localização por via de GPS, até porque é muito menos intensivo e lesivo de direitos fundamentais, tais como os enunciados no aresto, do que as escutas telefónicas.

¹⁶ A este respeito Cf., ANDRADE, Manuel da Costa(2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p. 533.

Com efeito- e não desenvolveremos esta temática por o direito comparado nesta matéria se situar fora do âmbito do nosso objecto de estudo – a lei prevê a utilização, sem conhecimento dos visados e:

“[...] desde que fora de espaços que gozem da tutela do domicílio, de «outros meios técnicos de vigilância», desde que, sem essa utilização, a descoberta da verdade ou a determinação da localização do arguido ou suspeito se mostre pouco promissora ou dificultada e conquanto que esteja em causa a investigação de um crime de relevância considerável.”¹⁷.

Uma reserva importante estabelecida pela lei alemã é que devem ser usados os meios menos intrusivos e que se revelem eficazes para a investigação criminal, daí distinguir vigilância electrónica das vigilâncias acústicas ou vigilância nas telecomunicações, considerando o legislador alemão que o uso do GPS não invade o reduto de intimidade e não viola a protecção constitucional do núcleo mesma. Além disso o § 100H1 do CCP alemão não cartografa um catálogo fechado de instrumentos susceptíveis de serem utilizados, sendo, por isso, um regime de cláusula aberta, não deixando de facultar um regime autónomo à localização celular que fica direccionada para crimes de maior gravidade.

Ainda nessa mesma ordem jurídica a utilização desses *outros meios técnicos de vigilância*, não está dependente de autorização judicial nem do MP, pelo que pode ser desencadeada pelas autoridades policiais [situação com a qual discordamos, porquanto essa autorização judicial é, do nosso ponto de vista, fundamental para garantir a legitimidade da utilização dos meios ocultos de investigação e evitar os acossos de securitarismo e de arbitrariedade].

Uma outra situação em que pontificam os métodos ocultos de prova reportam-se às denominadas acções encobertas, em sentido estrito, significando a introdução de agentes que, ocultando a sua identidade e propósitos, se intrometem na esfera das pessoas a investigar, vindo a obter delas conhecimentos e provas que, segundo a lei portuguesa - Lei nº 101/2001 de 25 de agosto, artigo 1º, trata-se de *funcionários de investigação criminal*. Por outro lado, ainda de acordo com Manuel da Costa Andrade, a investigação oculta pode concretizar-se sob a forma de *observação duradoura*. Defende ainda o mesmo autor que “A investigação oculta pode naturalmente servir-se de formas

¹⁷ NUNES, Duarte Rodrigues, (2017) “A admissibilidade da obtenção, diretamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 104.

não tipificadas.”¹⁸. No que concerne às vantagens da investigação oculta, elas são, sobremaneira, impressivas ao nível da criminalidade organizada e em especial do terrorismo. Na mesma linha, David Silva Ramalho considera que:

“O recurso a estes métodos tem geralmente como pressuposto a sua necessidade para a eficácia da perseguição criminal em concreto, conjugada com a gravidade do crime em causa. Não basta, portanto, que a perseguição do crime seja significativamente difícil em face dos meios utilizados na sua prática, mas antes é necessário que o grau de lesividade do ilícito justifique o recurso a um meio mais gravoso.”¹⁹.

Considera o mesmo autor que deverá inevitável uma evolução do processo penal rumo a uma amplificação dos meios à disposição da investigação, não ficando prisioneiro de uma reacção de auto-preservação do sistema. Todavia, a evolução verificada não teve reflexos correspondentes em termos de alterações ao CPP, porquanto em sede de métodos de investigação e de obtenção de prova penal, o que constatamos é uma mera acomodação de novas exigências, como sucede com a introdução, após a reforma de 1998, da gravação de conversações entre presentes, plasmada no artigo 189º do CPP e ainda da localização celular integrada a partir da reforma de 2007 e consagrada no artigo 252º-A. Não obstante, disseminou-se uma legislação extravagante que não deixa de ter impactos negativos em termos de falta de sistematicidade e de referenciais valorativos. Tais mudanças foram acompanhadas pela revisão de 2001 do texto constitucional, tal como acentua Rui Pereira²⁰, as quais produziram uma mitigação ponderada de direitos e garantias dos arguidos e, em especial, em casos de criminalidade violenta ou altamente organizada o que “[...] representa, por isso, o resultado da submissão do processo penal ao teste do tempo.”²¹. Não obstante, David Silva Ramalho aponta deficiências a este processo, designadamente o limitado catálogo de métodos ocultos de investigação criminal, tal como acontece com a localização por sistema GPS. Ainda assim, paulatinamente, foram emergindo novos métodos ocultos de investigação criminal, tal como referimos *supra*, o funcionário de investigação criminal *infiltrado*; o agente encoberto; o registo da voz e imagem (artigo 6º da Lei nº 5/2002 de 11 de Janeiro) e ainda os métodos ocultos de

¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa(2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p.535.

¹⁹ RAMALHO, David Silva, (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.180.

²⁰ *Idem. Op. Cit.*, pp.412-414.

²¹ *Idem. Op. Cit.*, p.183.

investigação criminal incluídos na Lei nº 109/2009 de 15 de Setembro. Deste modo, surgem novas modalidades institucionais implicativas de mudanças nos modelos de comunicação e comportamento e, inclusive, as investigações policiais, passam a ter um espaço de intervenção amplificado em decorrência de uma maior convergência das tecnologias de informação e de comunicação, permitindo uma orientação mais proactiva tanto da polícia como dos órgãos de investigação criminal, a qual se manifesta *ex-ante* à criminalidade. Segundo Hans-Jörg Albrecht os métodos de investigação ocultos, encobertos ou secretos comungam das seguintes características essenciais:

“Os métodos de investigação secretos são ocultados ao arguido e tornam os convencionais direitos do arguido obsoletos; são abrangentes e incidem sobre um elevado número de terceiros: geram um elevado número de informações relativas, não apenas ao passado, mas em especial ao futuro ou ao tempo prévio e posterior aos factos; incluem informações independentemente do direito de não prestar declarações das testemunhas; incluem informações independentemente da intimidade e fiabilidade da comunicação.”²².

Conclui David Silva Ramalho que o recurso a estes métodos deve ter um carácter excepcional e, mesmo nos casos de mais grave criminalidade, não automático, até porque o simples facto de um método de investigação criminal ser oculto acaba por representar, de *per si*, um factor de danosidade que é preciso ter em conta na ponderação do processo penal designadamente no que concerne ao princípio da transparência e da lealdade ou ao princípio da igualdade de armas e, por conseguinte, “[...] os métodos ocultos de investigação criminal surgem dentro das coordenadas deste delicado equilíbrio.”²³.

Daí que concordemos que o direito português vigente o regime jurídico das investigações ocultas permanece excessivamente disperso, seja pelo Código de Processo Penal, seja pela legislação extravagante da qual fazem parte a Lei nº 101/2001 de 25 de Agosto e a Lei nº 5/2002 de 11 de Janeiro.

Por seu lado, Duarte Rodrigues Nunes, atendendo ao artigo 1º da Lei nº 49/2008 de 27 de Agosto, onde é definida pelo legislador a investigação criminal, não deixa de considerar que antes da própria aquisição da *notitia criminis*, poderá ocorrer investigação e recolha de provas que serão posteriormente utilizadas no processo penal,

²² ALBRECHT, Hans-Jörg, (2009) “Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p. 726.

²³ RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 187.

como acontece ao nível de acções de prevenção criminal, de averiguações preliminares, entre outras. Assim sendo, existe uma prévia:

“[...] atividade de procura, recolha, conservação, exame e interpretação de provas reais e localização, contacto e apresentação de provas pessoais que conduzam ao esclarecimento da verdade material, poderá ser realizada de forma «aberta» ou de forma «oculta» [...]”²⁴.

No que à forma oculta respeita ela realiza-se por intermédio dos métodos ocultos de investigação criminal (por vezes, também designados como *métodos especiais de investigação*). Duarte Nunes faz ainda uma distinção inclusa nos métodos ocultos, asseverando que estes poderão sê-lo *por natureza* ou serem apenas eventualmente *ocultos*:

“[...] consistindo os primeiros naqueles métodos que, pela sua própria natureza, só podem ser utilizados «às ocultas» (acções encobertas, escutas telefónicas, etc.) e os segundos naqueles que tanto podem ser utilizados de forma «aberta» como «às ocultas» (v.g. a fixação e comparação de perfis de ADN).”²⁵.

Um outro aspecto carente de reflexão concerne à utilização cumulativa dos métodos ocultos, ou seja, a subsidiariedade das relações dos meios ocultos entre si. Segundo Costa Andrade, esta:

“[...] veda o recurso a qualquer meio oculto de investigação sempre que seja possível lançar mão de meio menos gravoso e igualmente idóneo para a prossecução dos interesses da investigação. Não deve, por exemplo, proceder-se à gravação de conversa entre presentes, se no caso puder recorrer-se a escuta telefónica. Para além disso, o princípio da subsidiariedade deve balizar e contrariar a pulsão para a utilização *cumulativa* de dois ou mais meios ocultos de investigação. A utilização de duas ou mais medidas (v.g., *escutas e agente encoberto*) só poderá ter lugar se manifestamente, a utilização de uma só não permitir alcançar o desejável e almejado resultado probatório. De qualquer forma, a utilização cumulativa de meios ocultos de investigação só poderá acontecer face às manifestações extremadas (pela danosidade e pela sofisticação dos meios) da criminalidade, em consonância com as experiencias da *proporcionalidade*.”²⁶.

Por seu lado, Duarte Nunes adverte para o facto de a cumulação de métodos ocultos ter como limite a proibição do excesso, nestes termos:

“Porém, para além de estarem verificados os requisitos legais de todos os métodos «ocultos» que se cumulem, serão os ditames da proibição do excesso

²⁴ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 117.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p.115.

que constituirão as coordenadas da solução no caso concreto [...] porém, alguma Doutrina e Jurisprudência, com inteira razão, chamam a atenção para o facto de a utilização cumulativa de métodos «ocultos» não poder conduzir a uma «vigilância total» (*i.e.* à obtenção, de forma prolongada no tempo e através do uso de medidas de observação, de informações relativas à totalidade da vida do visado construindo-se, desse modo, «*umfassendes Persönlichkeitsbilder* », sob pena de violação da proibição do excesso.”²⁷.

Do nosso ponto de vista, concordando com estas duas perspectivas, o que deve suceder é a utilização do método oculto de investigação criminal que se manifeste o menos intrusivo possível no que tange aos direitos fundamentais e o método mais adequado para o escopo da investigação criminal e da descoberta da verdade material. No entanto, sempre que, casuisticamente, haja necessidade dessa utilização cumulativa de métodos ocultos de investigação criminal deve sempre existir uma especial cautela para evitar uma intrusão de tipo panóptico, no sentido de altamente intrusiva na totalidade da vida dos cidadãos, além do que deve-se sempre, quando tal se manifeste exequível optar pelo método menos lesivo como por exemplo, ao invés de um seguimento clássico usar o sistema de localização por via de GPS.

Grosso modo, os métodos ocultos de investigação resultam em especial da proliferação do crime organizado e do terrorismo, o que introduz consequências perniciosas para a sociedade, exigindo um combate mais eficaz.

1.2. Fundamento e limites dos métodos ocultos de investigação criminal

Antes mesmo de clarificarmos quer o fundamento quer os limites dos métodos ocultos de investigação criminal, impõe-se como questão prévia a determinação do catálogo de crimes que permitem a obtenção de dados de localização assim como a identificação de pessoas e bens. Se pensarmos na localização celular e tendo em conta a Lei nº 109/2009 há que distinguir se estamos perante a obtenção de dados directamente pelas autoridades ou por intermédio da solicitação a terceiros. Neste último caso é preciso aplicar o preceituado no artigo 11º, nº1 dessa mesma Lei, a qual, salientamos, não consigna qualquer catálogo de crimes. Já no que concerne à obtenção dos dados de localização directamente pelas autoridades segundo Duarte Nunes e, à luz do artigo 189º nº2, apenas poderá ocorrer quando esteja em causa a investigação de um dos

²⁷ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.299.

crimes previstos no artigo 187º n.ºs 1 e 2 (isto de *jure condito*). Contudo, (de *jure condendo*) e na ausência de um catálogo de crimes:

“[...] o legislador deveria eliminar a exigência de que esteja em causa um dos crimes previstos no artigo 187º. Na verdade, dada a grande utilidade de obtenção de dados de localização celular e a pouca danosidade que encerra, consideramos que não é necessário qualquer catálogo de crimes.”²⁸.

Concordamos com Duarte Nunes quando faz uma aplicação, *mutatis mutandis*, da obtenção de dados de localização através de GPS dos elementos constantes na lei acerca da obtenção de dados de localização celular. Esta necessidade de um catálogo de crimes que legitimam a utilização de métodos ocultos não é de modo nenhum despcienda, porquanto:

“É [...] no catálogo que o legislador plasma e é através dele que exprime o seu juízo de ponderação e superação do conflito entre os interesses da investigação e da eficácia da justiça penal, por um lado; e os bens jurídicos ou os valores correspondentes por outro. O catálogo representa pois, o padrão e a medida da proporcionalidade querida pelo legislador e, como tal, imposta ao intérprete e aplicador.”²⁹.

Em termos de catálogo será compreensível que o legislador opte por um catálogo mais restritivo nos métodos ocultos mais lesivos do que nos menos danosos, pois, em sede de proporcionalidade, o método oculto mais lesivo só poderá ser utilizado se outros menos gravosos se revelarem desadequados. Todavia, pese embora, o grau mínimo de intrusividade no que ao mecanismo do sistema de GPS diz respeito, não podemos concordar com a seguinte orientação:

“Começando pelo catálogo de crimes, pelo facto de estar em causa uma restrição pouco intensa de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade não impõe a delimitação de qualquer catálogo de crimes [nunca negligenciando a imposição da proibição do excesso], nem se justifica que o legislador, ainda que ao abrigo da sua liberdade de conformação, o faça. Deste modo, à semelhança do que sucede no artigo 14º da Lei nº 109/2009 de 15 de Setembro não deveria existir qualquer catálogo de crimes em matéria de obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS pese embora a utilização deste meio de obtenção de prova deva depender *sempre* de uma ponderação dos interesses em colisão, não devendo ocorrer sempre que se

²⁸ *Idem. Op. Cit.*, pp. 472-473.

²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa (2013) “O Regime dos «conhecimentos da investigação» em Processo Penal: Reflexões a partir das escutas telefónicas”, in *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma «cirúrgica»?* (org. André Lamas Leite), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 153-202 e pp. 189-190.

entenda que, naquela situação concreta, o interesse a salvaguardar é inferior ao direito fundamental que irá ser sacrificado no caso desta utilização ter lugar.”³⁰.

Um limite muito relevante à utilização dos métodos ocultos de investigação criminal, e em especial do GPS, baseando-nos numa leitura atenta do artigo 189º, nº2 do CPP e em nome do respeito pelos mandamentos da proibição do excesso, defendemos que essa utilização apenas granjeia legitimidade quando exista uma suspeita fundada sobre a prática de um crime do catálogo. Daí que perfilhemos a seguinte perspectiva:

“[...] estes métodos, por menos lesivos do que a intervenção nas comunicações electrónicas poderão ser utilizados para «reforçar» a suspeita inicial, de modo a torná-la «fundada», de molde a permitir o recurso aos métodos «ocultos» mais lesivos. Assim, será de exigir apenas a existência de uma suspeita inicial objectivável [...] e que poderá resultar de informações recolhidas em sede de prevenção criminal ou de elementos que, não podendo ser utilizados como meio de prova, sustentaram a aquisição da *notitia criminis*.”³¹.

Ainda que não exista regulação da exigência de uma suspeita fundada da prática de um crime a regular os métodos ocultos de investigação criminal, é possível então asseverar que se trata de um *requisito implícito*³² e, sintetizando a posição de Duarte Nunes, este autor põe a tónica do grau de suspeita na circunstância de que será suficiente a existência de uma suspeita inicial objectivável, como a que ocorre *de jure condito*, com o artigo 14º da Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro³³. Contudo, este é um aspecto a que o legislador deverá estar atento no momento de configurar o regime jurídico desta modalidade de investigação objecto do nosso estudo. No que respeita ao grau de necessidade, apenas é requerida a necessidade para a descoberta da verdade ou para a prova e, estabelecendo uma ponte com os artigos 12º a 16º da Lei nº 109/2009,

³⁰ NUNES, Duarte Rodrigues, (2017) “A admissibilidade da obtenção, diretamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p.118.

³¹ NUNES, Duarte Rodrigues (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 474.

³² *Idem. Op. Cit.*, p.293.

³³ Ainda no sentido da necessidade de uma graduação para o grau de suspeita e para a subsidiariedade quanto aos meios menos ou mais lesivos é preciso ter em conta o seguinte entendimento: “Quanto à primeira e sendo certo que deve tratar-se sempre de uma suspeita assente em facto e racionalmente sustentada e, como tal, susceptível de comunicabilidade e de escrutínio inter-subjectivos, ela deve ver as suas exigências subirem à medida que se sobe na escala da lesividade. O mesmo valendo para a *subsidiariedade*; que terá de valer tanto na opção entre as diferentes medidas ocultas; como na relação entre estas e outras formas de investigação. De qualquer forma, também as suas exigências deverão subir conforme a medida for mais ou menos invasiva [...]” ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral)”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p. 546.

para a obtenção de dados de localização celular através da solicitação a terceiros ou por via de GPS ou sistemas análogos, apenas é exigido que o recurso aos mesmos se afigure como necessário para a descoberta da verdade³⁴.

Importa ainda referir quais as pessoas que poderão ser objecto da obtenção, de dados de localização por meio do sistema de GPS, tendo em conta que o artigo 187º, nº4 CPP, inclui aquelas em relação a quem se justifica que sejam alvo da utilização dos meios de obtenção de prova e, por isso, julgamos como aceitável a possibilidade de importar para o sistema GPS a possibilidade de uma norma similar. Uma orientação igualmente defendida por Duarte Nunes que, recorrendo ao direito comparado e às ordens jurídicas que admitem como meio de obtenção de prova atípico a obtenção de dados de localização por meio do sistema de GPS, defende como boa a inexistência, nessas ordens jurídicas como a alemã, a espanhola ou a francesa de qualquer catálogo de alvos, com a ressalva de que, no caso alemão, o grau de subsidiariedade é mais

³⁴ “E quanto ao grau de necessidade, também como já sucede *de jure condito*, bastará que a utilização deste meio de obtenção de prova se mostre necessária para a descoberta da verdade ou para a prova, não tendo de ser precedida pela utilização prévia «infrutífera» de outros meios de obtenção de prova menos lesivos [...] No fundo, entendemos que, pela escassa danosidade deste meio de obtenção de prova, o princípio da proporcionalidade não impõe a exigência de mais do que uma suspeita inicial objectivável, nem de mais do que a mera necessidade para a descoberta da verdade ou para a prova.”, (orientação que subscrevemos). NUNES, Duarte Rodrigues (2017) “A admissibilidade da obtenção, diretamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 119. Considera, por conseguinte, este autor, no que respeita aos métodos ocultos menos intrusivos que bastará que a sua utilização se mostre necessária para a descoberta da verdade e/ou para a aquisição da prova, enquanto que, no caso dos métodos mais intrusivos, a sua utilização deverá revelar-se indispensável para a descoberta da verdade, até porque os métodos ocultos previstos nos artigos 187º e 189º do CPP em conjugação com o artigo 18º da Lei nº 109/2009 apenas poderá ocorrer quando se revele indispensável para a descoberta da verdade ou que, na ausência da sua realização, a prova seria impossível ou muito difícil de obter: “Na verdade, uma vez que a exigência de um grau de necessidade para a utilização dos métodos ocultos é uma imposição da proibição do excesso (mais concretamente, ao nível do subprincípio da necessidade), serão os ditames desse princípio que determinarão qual deverá ser o grau de necessidade relativamente a cada um dos métodos «ocultos».”. NUNES, Duarte Rodrigues (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.296. Já quanto ao momento relevante para aferir a verificação do grau de necessidade/suspeita, considera o mesmo autor o seguinte: “O momento que releva para aferir o grau de necessidade/suspeita (bem como os demais pressupostos legais dos métodos «ocultos») é o momento em que a entidade competente autoriza o recurso ao método oculto ou em que, não carecendo de autorização, se lança mão dele, não podendo essa admissibilidade ser aferida em função do conteúdo das informações obtidas e da sua importância probatória nem de pré-juízos sobre a eventual inutilidade da diligência. Daí a relevância da fundamentação do despacho que autoriza a diligência, pois o seu conteúdo será determinante para aferir da legalidade da realização da diligência no caso concreto (incluindo a pretensa do alvo concreto da diligência ao catálogo legal de alvos) e para legitimar a aquisição de conhecimentos da investigação ou fortuitos.”. *Idem. Op. Cit.*, p. 300.

exigente nos casos em que o visado é um terceiro do que naqueles em que o visado é o arguido ou o suspeito³⁵.

Um outro limite relaciona-se com a exigência de dar conhecimento da realização da medida oculta de investigação criminal ao suspeito(s), arguido(s) ou visado(s) para que o(s) mesmo(s) controle(m) a legalidade da mesma e, sobremaneira, exerça(m) o contraditório³⁶. Este aspecto é tanto mais relevante quando se trata de métodos ocultos, por natureza mais lesivos do que os denominados métodos abertos, já que tanto a doutrina como a jurisprudência vêm argumentando que o visado, porquanto ignora a realização da diligência, não pode “[...] actualizar qualquer pretensão de reacção e tutela, mesmo que legalmente subsistente e consignada.”³⁷. Concordamos com esta perspectiva, já que se é verdade que a utilização de tais métodos ocultos deverá ser conduzida sem conhecimento dos visados para que a diligência não venha a revelar-se inútil, de modo algum pode ser franqueado o ditame do princípio da proporcionalidade, o qual deve ser ajustado ao escopo da descoberta da verdade material e da obtenção da prova³⁸, o que se torna particularmente mais intenso em caso de *periculum in mora*³⁹ ou

³⁵ NUNES, Duarte Rodrigues (2017) “A admissibilidade da obtenção, diretamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 120.

³⁶ “Afigura-se, por isso, *obrigatório* que o método oculto de investigação recolha «acervo probatório *«bastante* para permitir o contraditório ou o uso do que denominamos de *«método dinâmico e reversivo de comprovação dos factos»*.”. RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p. 65.

³⁷ ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 107.

³⁸ A este respeito, sublinhamos o seguinte raciocínio: “[...] o imprescindível é que a motivação permita ao arguido ou suspeito conhecer por que se autorizou a intromissão na sua intimidade e, com base em tal compreensão, decidir se impugna ou não a mesma; é a cognoscibilidade do raciocínio e do juízo de ponderação que levam o órgão judicial a decidir-se pelo sacrifício do direito fundamental o que procura, em definitivo, com a exigência da motivação das resoluções judiciais.”. LAINZ, *apud*, CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p.791.

³⁹ Em termos da autorização nestas casos, seguimos a posição de Duarte Nunes segundo a qual: “[...] uma vez que o artigo 189º do CPP remete para o catálogo do artigo 187º, é legalmente possível que sempre que esteja em causa algum dos crimes previstos do nº2 do 187º, a obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS, seja autorizada pelo Juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a obtenção de tais dados ou da sede da entidade competente para a investigação criminal e, do mesmo modo, nos termos do artigo 269º, nºs 1 alínea e) (ou, pelo menos da alínea f)) e nº2 conjugado com o artigo 268º, nº2 do CPP, é possível, em casos de urgência, que a utilização para a obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema de GPS seja directamente requerida ao JIC pela autoridade de polícia criminal sem «intermediação» do MP.” NUNES, Duarte Rodrigues (2017) “A admissibilidade da obtenção, diretamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 115.

nas circunstâncias urgentes⁴⁰. Sob o signo da proibição do excesso é preciso atender ao limite temporal sob pena de haver uma escorrência para a vigilância total que se deve ter por intolerável, devendo o período ser o mais curto possível, salvo em situações excepcionais⁴¹. Recorrendo ao artigo 187º, nº6 atinente às escutas telefónicas estas só poderão ser utilizadas por um prazo máximo de três meses e a *ratio* da limitação é evitar que a utilização de métodos ocultos especialmente lesivos possam ser utilizados por um tempo indeterminado, já que tal acarretaria um aumento do nível de lesão dos direitos fundamentais dos visados e de terceiros, mesmo que o prazo máximo de inquérito haja sido excedido tal não é impeditivo da realização nem da autorização da prorrogação da utilização de métodos ocultos⁴². Também é preciso ter em conta que a duração temporal dos meios de obtenção de prova por via dos métodos ocultos deve, em virtude do princípio da subsidiariedade na aplicação de tais métodos, ser diferente consoante o método em causa, por exemplo a vigência da medida concernente ao agente encoberto não deveria ser igual ao regime aplicável às escutas telefónicas sob pena de uma aniquilação do direito à confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos sem um suficiente contrapeso e ainda da ilicitude de o Estado afectar direitos, liberdade e garantias de cidadãos, ou seja, abusos do Estado, porquanto a ablação casuística de direitos fundamentais e processuais do visado, devendo-se assim restringir ao tempo estritamente necessário para as diligências finalisticamente orientadas para a descoberta da verdade material. No que respeita às escutas telefónicas e à luz do artigo 187º do CPP para além do requisito de a escuta ter de ser autorizada pelo JIC e apenas poder ser efectuada durante a fase de inquérito, ela está sujeita a um período temporal limitado e,

⁴⁰ “In situations constituting an emergency, legislation will usually permit the use of covert surveillance either without a warrant or with the authorization of an office-bearer of lesser authority than that usually required. What constitutes an emergency is usually where there is a serious and imminent threat to national security, persons or property,³⁷ but may also include circumstances where valuable evidence might be lost without the use of surveillance.”. UNODC- United Nations Office on Drugs and Crime (2009), *Current practices in electronic surveillance in the investigation of serious and organized crime*. New-York, United Nations Publication. Disponível em, [em linha] https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic_surveillance.pdf, consultado em 25/10/2017, p. 26.

⁴¹ “The length of time for which a warrant may authorize the use of electronic surveillance is usually expressly limited in the legislation. The duration varies between jurisdictions which regulate this, and ranges from 10 days to three months.²⁶ However, most systems that stipulate a time period for surveillance also provide that extensions of time may be permitted, where necessary, upon application to the original issuer. Additionally, the issuer will usually retain the right to revoke the warrant at any time.”. *Ibidem*.

⁴² Cf. NUNES, Duarte Rodrigues (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 321.

além disso, deve mostrar-se indispensável para a descoberta da verdade ou para a prova. Um dos fundamentos da nulidade das escutas é não existir um prazo para a duração das mesmas⁴³.

1.3. A legalidade da prova no contexto dos novos métodos ocultos de investigação criminal

Esta é uma matéria muito controvertida na doutrina e mesmo na jurisprudência. É nítido que a realidade do *admirável mundo novo* das novas tecnologias andou à frente do Direito, o que confrontou a consciência jurídica com a presença crescente dos meios ocultos de investigação e, por isso mesmo, reagiu através da elaboração de enquadramentos jurídicos, se bem que de modo parcelar e incompleto, como atesta a falta de legislação do sistema de localização por meio de GPS.

Conceptualizando o GPS, este constitui um conjunto de meios técnicos que permite situar no mapa um sinal radioelétrico, pelo que é similar à aplicação moderna da radiogoniometria, a qual se baseia nas propriedades da propagação de ondas eléctricas e sobre a direcção das antenas. Actualmente, a geolocalização passa, não raro, por uma rede de telefonia móvel, seja tratando-se directamente de um telemóvel, seja por um sistema GPS que retransmite as informações através de uma rede, mas é igualmente possível realizar uma localização mais aproximada detectando directamente as ondas radioelétricas a partir de um telefone móvel, um procedimento, aliás, utilizado para resgatar um indivíduo no meio de uma multidão ou num local fechado.

Com efeito, *grosso modo*, constitui um sistema de navegação por satélite com um aparelho móvel que envia informações sobre a posição de algo em qualquer momento e lugar do planeta, para lá de outras informações, as quais podem ser conhecidas através de um aparelho receptor que pode coincidir ou não com o emissor⁴⁴. O GPS foi um aparelho criado, na sua génese, para ser utilizado com objectivos militares, tendo, porém, evoluído rapidamente e tornando-se massificada a sua

⁴³ “A questão fulcral nesse aspecto, é que as escutas telefónicas sejam controladas (de forma efectiva, contínua e próximo-temporal) pelo juiz, enquanto forem autorizadas (isto é, enquanto as mesmas continuarem e se prolongarem com autorização judicial, por subsistirem os requisitos e pressupostos que justificavam a sua admissibilidade, naquele juízo de ponderação vinculada que a juiz de instrução foi efectuando em cada momento que autorizou a prorrogação das ditas escutas)”. Acórdão do TRP de 14-11-2007, Processo nº 0713256, (Relatora Maria do Carmo Silva Dias). Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 14/10/2017.

⁴⁴ Cf. Acórdão TRE, Processo nº 273/11.3TTSTR.E1, de 08-04-2014. Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 17/12/2017.

utilização invadindo várias esferas da sociedade civil como por exemplo o mundo do trabalho, já que este mecanismo se tornou um meio frequentemente utilizado por empresas para, por exemplo, controlarem a sua frota automóvel e, além disso, conhecer a localização geográfica do trabalhador, pelo menos enquanto este permaneça nas viaturas. No âmbito desta utilização no campo do direito do trabalho cedo surgiram controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais respeitantes à questão de saber se a colocação de equipamentos GPS em veículos da propriedade da empresa viola ou não direitos de personalidade dos trabalhadores.

Com efeito, a localização por GPS é activada através de um aparelho sintonizado com pelo menos dois satélites, dos quais recebe as informações das coordenadas da longitude e da latitude a que o aparelho se encontra, fornecendo-lhe assim a localização do sítio exacto “[...] por reporte ao mapa das estradas dessa região, informação que é transmitida e reproduzida num receptor na posse, neste caso, da autoridade policial.”⁴⁵.

Mais esclarecemos que o aparelho conhecido vulgarmente como *GPS Tracker* contém, via de regra, para além de um receptor de GPS, um módulo de comunicações que, por intermédio da utilização de uma diversa tecnologia (GPRS) faculta a transmissão dos dados obtidos pelo receptor para a empresa (isto no âmbito do trabalho) que instala e controla o aparelho, sendo os mesmos disponibilizados em tempo real a quem contratou essa empresa através da utilização de um simples computador com ligação à internet, permitindo o acesso ao sítio da empresa e a obtenção dos dados que para ela vão sendo enviados. Tal como consolidado jurisprudencialmente (*vide Acórdão do STJ de 18-05-2017* ou ainda o *Acórdão do TRL de 13-04-2016*), os aparelhos de GPS e as tecnologias que os mesmos utilizam permitem um conhecimento, no mínimo, da localização instantânea e precisa do veículo em que se encontram instalados, o percurso efectuado, os tempos e locais de paragem, o período de funcionamento do motor e a velocidade a que o automóvel circula, “[...] podendo propiciar ainda, se tal for pretendido, a obtenção de um leque muito mais alargado de dados, a transmissão de mensagens escritas e o bloqueio da circulação da viatura.”⁴⁶.

Frisamos, desde logo, que a qualificação da localização através de GPS como um método oculto de investigação não é geradora de consenso na doutrina, nem tampouco na jurisprudência. Para alguns autores, designadamente David Silva

⁴⁵ Cf. *Acórdão do TRE de 07-10-2008*. Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 14/12/2017.

⁴⁶ Cf. *Acórdão do STJ de 18-05-2017*. Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 17/12/2017.

Ramalho, Paulo Pinto de Albuquerque⁴⁷ e Costa Andrade⁴⁸, a localização de veículos de suspeitos através de GPS constitui uma intromissão na vida privada do suspeito carecida de habilitação legal expressa e, dessa forma, excluída do catálogo de meios à disposição no processo penal português. Existindo ainda posições, entre as quais aquelas que constam do **Acórdão do TRP de 21-03-2013**, Processo n.º 246/12.9 TAOAZ-A.P1 que defende que é precisa uma previsão legal expressa mas que, na sua ausência, deverá aplicar-se analogicamente o artigo 187º do CPP e, ademais, outros autores, como José Santos Cabral⁴⁹, Sandra Oliveira e Silva⁵⁰, Benjamin Silva Rodrigues⁵¹ (esse é o entendimento de David Silva Ramalho), contudo, uma leitura aturada da argumentação de Benjamin Silva Rodrigues, designadamente na obra *“Da Prova Penal. Bruscamente... a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II e, em especial nas pp. 92 e ss. mostra que, embora este autor pareça admitir em certos tipos de criminalidade grave a utilização do sistema de localização de GPS, em virtude dos considerandos prévios que tece a propósito das exigências decorrentes do princípio da reserva de lei, acaba por concluir que tal método oculto de investigação criminal não deve ter-se por admissível, na medida em que carece de habilitação legal expressa. Podemos ainda verificar que alguma jurisprudência, tal como a plasmada no **Acórdão do TRE de 07-10-2008**, Processo 2005/08 que defendem a inexistência de qualquer intromissão na vida privada do suspeito, entendendo assim que se trata de um método oculto atípico admissível à luz do artigo 125º do CPP.

A posição que pretendemos defender nesta investigação é a que está mais próxima da segunda das três antes elencadas, conquanto mitigada em virtude da questão do recurso à analogia e ainda a terceira posição, embora com um grau superior de

⁴⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2009) *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica, p. 332.

⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa (2009) *“Bruscamente no verão passado”, a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 113.

⁴⁹ CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 843.

⁵⁰ SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), pp. 545-591.

⁵¹ RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p.93. O mesmo autor não deixa de reflectir sobre o novo paradigma de investigação criminal a partir dos métodos ocultos, apresentando importantes ressalvas, tais como: “O novo paradigma de investigação criminal, a partir dos métodos ocultos, deve assentar em determinadas exigências ou pressupostos materiais, formais – procedimentais e orgânicos cuja não verificação deslegitimará o uso de tal meio (*prova proibida* ou *proibição de produção*) e afetará, irremediavelmente, a possibilidade da sua valoração (*proibição da valoração*).”. *Idem. Op. Cit.*, p.53.

reservas e de uma forma igualmente mitigada. Com efeito, a última das posições identificadas - apesar de entender que inexiste intromissões na vida privada do sujeito, o que não é formalmente correcto por haver, mesmo que num grau muito diminuído, essa mesma intrusão, - é uma posição a ter em conta já que consideramos que este método, objecto do nosso estudo, pode ser compatibilizado com os preceitos constitucionais do artigo 18º, nº2 e 3 da CRP e ainda com o requisito da proporcionalidade, em virtude de, à luz dos artigos 32º, nº4 e 202º, nº1 e 2 da CRP, a limitação dos direitos fundamentais dever ser ponderada e aferida pelo denominado *juiz das liberdades*, sendo que havendo requerimento dos órgãos da polícia criminal, junto do MP e deste junto daquela autoridade judiciária e ainda caso exista uma decisão favorável, torna-se possível a colocação de um dispositivo eletrónico digital de GPS. Ademais a jurisprudência mais recente do TEDH considerou respeitar à vida privada a monitorização da localização de trabalhadores durante o horário de trabalho, sendo aqui de realçar, como adensaremos *infra*, o labor jurisprudencial em sede laboral. Além disso, decorre dessa terceira posição que, não obstante estarmos perante um método oculto de investigação criminal e, especialmente, de um meio de obtenção de prova atípico, ele não deverá ser liminarmente excluído, pelo que é possível ainda arguir no sentido da sua admissibilidade em processo penal. Por seu lado, a segunda posição gera um problema relevante sobre a susceptibilidade ou não do recurso à analogia, uma vez que, pelo princípio da reserva de lei contido no artigo 18º da CRP, carece de previsão legal específica e, precisamente por isso, Duarte Nunes⁵² defende outrossim a interpretação extensiva aplicado ao regime das escutas telefónicas, no entanto o recurso à analogia deve fundamentalmente ser vedado quando ocorra um elevado grau de intrusão na privacidade do sujeito, o que, não se verifica com a localização por meio de sistema GPS:

“No entanto, não nos parece que a obtenção directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS possua um «elevado grau de intrusão na privacidade do sujeito», uma vez que tal meio de obtenção de prova apenas permite saber onde se encontra o objecto em que o aparelho foi colocado, sendo que, por exemplo, no caso de um automóvel, não se saberá ao certo quem são os ocupantes e/ou o que *estão a fazer em concreto*, e, por isso, este método «oculto» até será menos lesivo do que uma observação policial «clássica»

⁵² NUNES, Duarte Rodrigues, (2017) “A admissibilidade da obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p.107.

(eventualmente com seguimento) [na linha do **Acórdão do TRE de 07-10-2008**], cuja admissibilidade no Direito português ninguém coloca em causa.”⁵³.

Neste sentido, mesmo autor sustenta que:

“Quanto ao argumento de a utilização deste meio de obtenção de prova não ser admissível por força de, inexistindo qualquer comunicação, não ser possível aplicar o regime das escutas telefónicas, é óbvio que não estamos perante qualquer comunicação e que, por isso, não é possível aplicar, pelo menos «directamente», o regime das escutas telefónicas.”⁵⁴.

Contudo, pelo facto de estarmos perante um meio de obtenção de prova cuja utilização restringe direitos fundamentais de uma forma pouco intensa, tal circunstância não impede a sua admissibilidade como meio de obtenção de prova atípico, à luz do artigo 125º do CPP, sem prejuízo “de [...] lhe ser aplicável por interpretação extensiva, o regime das escutas telefónicas.”⁵⁵. Na realidade, como teremos oportunidade de desenvolver *infra*, o sistema de localização por GPS enquadrado nos métodos ocultos atípicos tem uma afetação mínima ou de pouca intensidade dos direitos fundamentais e mesmo que estes sejam de algum modo afectados, esse método fá-lo num grau pouco significativo, o que inviabiliza, do nosso ponto de vista, a insusceptibilidade de sujeitar a sua admissibilidade a reserva de lei.

No domínio do Direito Penal tem sido amplamente controvertida a questão de saber se o meio de obtenção de prova com as características do GPS é permitido na ordem jurídica portuguesa, em virtude da ausência de lei legitimadora da sua utilização; uma lei que delimite os crimes que a admitem e, ao mesmo tempo, estabeleça o procedimento a adoptar além de fixar a competência para autorizar o seu uso e controlar todo o procedimento que tiver lugar. Acerca desta mesma questão, o **Acórdão do STJ de 18-05-2017**⁵⁶ não deixa de pronunciar-se, trazendo à colação a doutrina e a jurisprudência sobre esta matéria, nos seguintes termos:

“Ora, e em abono da melhor interpretação, a melhor jurisprudência vem defendendo que «a resposta a esta questão deve ser negativa, em primeiro lugar porque um aparelho de geolocalização, no caso, um *GPS Tracker* é um meio oculto de investigação que, por isso mesmo, só poderia ser admitido se existisse lei que o consagrasse como um meio de obtenção de prova legítimo e regulasse todos os referidos aspectos do seu regime». Mais se aventando que «não se compreenderia que a localização celular de um telemóvel estivesse sujeita aos apertados limites traçados pelos artigos 252º-A e 189º, n.º2 do CPP e a

⁵³ *Idem*, *Op. Cit.*, p.107.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 26/10/2017. A ele voltaremos mais adiante neste estudo.

geolocalização através de meios muito mais precisos fosse admitida sem qualquer limitação e sem controlo».”.

É ainda uma evidência que os meios ocultos vieram para ficar e, paulatinamente, vai-se consolidando a representação da sua imprescindibilidade, mormente na repressão da criminalidade organizada, transnacional que é uma nova fenomenologia criminal que abala as sociedades contemporâneas. Um dos autores que mais fortemente repudia a legalidade da prova obtida pelos novos métodos ocultos de investigação criminal é Costa Andrade, considerando que o risco é de forte danosidade social que se estende por uma diversidade de frentes. Segundo este autor:

“No plano *material-substantivo*, os métodos ocultos de investigação sacrificam, à passagem um espectro de bens jurídicos ou de direitos fundamentais tao eminentes como privacidade/intimidade, palavra, imagem, sigilo profissional, inviolabilidade do domicílio, segredo de estado, sigilo das telecomunicações, confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais [...], auto-determinação informacional.”⁵⁷.

Apesar de algumas das nossas divergências com Costa Andrade, não deixamos de concordar com a tese: *o que é tecnicamente possível não é só por si e sem mais legítimo*⁵⁸ pelo que a intervenção do legislador ganha um papel decisivo, porquanto se a expansão dos direitos fundamentais na sua dinâmica e abertura ao futuro não está dependente da intervenção do legislador, já a sua limitação, em nome dos fins e dos interesses do processo penal carecem da acção crucial do mesmo.

O princípio da legalidade da prova – consagrado no artigo 125º CPP ao qual voltaremos *infra* – reconduz-nos à problemática e à disciplina das proibições de prova, ou seja à existência de meios de prova proibidos e à proibição de que tais meios de prova possam ser utilizados no processo penal, no qual vigora o princípio da legalidade dos meios de prova. Importa aqui distinguir entre regras de produção da prova e proibições de prova, uma vez que as primeiras visam disciplinar o modo e o processo de

⁵⁷ Segundo este autor as novas realidades e espaços franqueados pelo progresso científico e sua projecção tecnológica desencadearam uma assimetria entre: “[...] por um lado, as mudanças e os avanços do lado dos direitos fundamentais; e, por outro lado e inversamente, as mudanças e alargamento do lado do arsenal de intromissões legitimadas pela prossecução das finalidades da investigação criminal. De um lado, a progressão- expressa na emergência e triunfo de novos direitos fundamentais) ou de novas dimensões dos direitos pré-existentis, é espontânea, contínua e automática, apenas dependendo da actualização da consciência jurídica, às mãos da doutrina e da jurisprudência (constitucionais). Diferentemente, do outro lado, o caminho -sc.a consagração de novos meios de obtenção de provas resultantes do aproveitamento das possibilidades de intervenção e intromissão oferecidas pelas realizações técnico-científicas – faz-se de forma descontínua e derivada, ao ritmo das sucessivas e localizadas intervenções do legislador.” ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p.148.

⁵⁸ *Idem. Op. Cit.*, p.50.

obtenção da prova, não determinando, se infringidas, a proibição de valoração do material probatório, enquanto as proibições de prova conduzem a provas nulas (artigo 38, nº2 CRP), dado que a lei proíbe as provas escoradas na violação da integridade física e moral do agente e as provas que violem ilicitamente a privacidade⁵⁹. Do mesmo modo, não podem ser, naturalmente, valorados em tribunal meios enganosos de obtenção de prova, como p. ex. um meio que instigue outrem à prática de um comportamento delituoso. Assim, por exemplo, a intervenção do agente provocador em processo penal é refutada, unanimemente, pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas, dado consubstanciar um meio enganoso de obtenção de prova e, como tal, proibido à luz do artigo 126º, nº2 alínea a) do CPP, na modalidade de *perturbação da liberdade de vontade e de decisões através da utilização de meios enganosos*. Ao invés, o agente infiltrado é um agente da autoridade ou terceiro por si comandado que não determina outrem à prática do crime, permanecendo à margem da formação da vontade de cometer o ilícito criminal: “[...] limitar-se-á a observar a eventual prática de crimes e, se necessário, acompanhará a execução dos mesmos. Já o agente provocador comportar-se-á na essência, como um instigador, tendo um papel determinante na ocorrência do crime.”⁶⁰. O artigo 32º, nº8 da CRP limita o legislador tutelando direitos fundamentais e a sua inviolabilidade contra o interesse da investigação e da perseguição penal, sendo de destacar a protecção dos direitos pelas proibições constitucionais em sede de prova, a integridade física e moral, a intimidade da vida privada e familiar, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e das comunicações. Assim, “Na tutela conferida a estes direitos fundamentais enquanto *limitações* à prova radicam antes de mais a posição e o estatuto do arguido como sujeito processual [...]”⁶¹. A

⁵⁹ Cf. Acórdão do STJ, Processo nº 1/13.9YGLSB.S1, (Relator Raúl Borges) de 17-04-2015.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), p. 578. Ademais, “[...] o substrato da proibição de determinados meios de prova pode ainda encontrar-se numa ideia de *preservação da integridade moral ou axiológica do Estado*, vale dizer, da sua superioridade ética (Eb. Schmidt) ou das suas mãos limpas (Radbruch) na veste de promotor da justiça penal. Embora a obtenção de provas e o esclarecimento dos crimes assumam no Estado-de-Direito o mais alto significado, as instâncias de perseguição criminal não podem responder à criminalidade com as mesmas armas de que se servem os delinquentes na prossecução dos seus objectivos. Isto é, não podem admitir-se como *válidos* na «luta» contra o crime todos os mecanismos preventivos e repressivos que se comprovem *eficazes*. Pelo contrário, a confiança comunitária nas normas implica que a máxima eficácia da justiça criminal não comprometa a distanciamento moral do Estado e a sua irrestritiva *lealdade* na realização do *ius puniendi* – o que torna compreensível, v.gr., a proscrição total de meios enganosos (entre eles, p. ex., os «os agentes provocadores» - artigo 126º, nº2, alínea a) parte final) e os particulares escrúpulos normativos colocados à admissibilidade de métodos ocultos de investigação (escutas telefónicas, interceptação de comunicações electrónicas, agentes encobertos, videovigilância, utilização de câmaras e ou microfones escondidos, localização por captação de sinal de *GPS* ou antena de telemóvel, etc.). Neste sentido a densa malha

mesma autora, ensaiando uma hermenêutica da regra constitucional inserta no artigo 32º da CRP considera possível autonomizar no âmbito de análise dois tipos diferenciados de provas proibidas, conforme a natureza dos direitos fundamentais em causa: na primeira parte da norma fica estabelecido sem mais a nulidade de todas as provas obtidas por meio da *tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa* (artigo 32º, nº8 1ª parte CRP), na 2ª parte da norma remete-se para as provas obtidas através da intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, as quais “[...] se contra-distinguem das primeiras pela circunstância de, em relação a elas, a interdição só existir se a intromissão se revelar «abusiva» (artigo 32º, nº8 2ª parte da CRP) – uma asserção que é, aliás, corroborada pelo teor dos artigos 26º e 34º da CRP”.⁶². Ainda neste âmbito é importante destacar o artigo 127º do CPP atinente à livre apreciação da prova, estabelecendo que: *Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente*, o que manifesta a consagração de um sistema de livre convicção ou também denominado da íntima convicção e de prova moral. Nesta linha, Germano Marques da Silva considera que os meios de prova são caracterizados pela sua aptidão para serem, de *per si*, fontes da cognoscibilidade do juiz, ou seja, elementos que o juiz tem a faculdade de usar imediatamente para fundamentar a sua decisão.⁶³.

Ora, não existindo, como sabemos, na ordem jurídica portuguesa uma norma que preveja e regule a obtenção, de dados de geolocalização pelo sistema GPS, tal não pode tolher a nossa interpretação relativamente à questão da intromissão causada por este meio se revelar ou não como abusiva. O legislador tem feito um esforço afinado para proceder à demarcação das formas de intromissão não abusivas e, assim, definir o seu estatuto jurídico, mormente processual-penal. Desde logo, não podemos enquadrar o meio oculto do sistema de localização por via de GPS ao nível do sacrifício da integridade física ou moral e, por conseguinte, não abre flanco a uma interdição absoluta. Desde logo, porque não cabe no âmbito dos nºs 1 e 2 do artigo 126º CPP onde são enunciados os métodos de provas que o legislador considera proibidos em termos

normativa das proibições de prova não protege apenas o titular dos direitos fundamentais atingidos, mas a própria credibilidade, reputação e imagem de um processo penal com as credenciais do Estado-de-Direito.”. *Idem. Op. Cit.*, pp. 579-580. Cf. ainda ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, pp. 277 e ss..

⁶² SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), p.584.

⁶³ SILVA, G. Marques (2008), “*Curso de Processo Penal II*”. 4ª ed. Lisboa, Editorial Verbo, (2008), *Curso de Processo Penal II*, 4ª ed., Lisboa, Editorial Verbo, p. 95.

absolutos, porquanto atentam contra direitos indisponíveis para o seu próprio titular e relativamente aos quais é irrelevante o consentimento. Além disso, para garantir a eficácia do método de localização por via de GPS não faz sentido o consentimento dos visados e, desta perspectiva, este sistema de localização pode incluir-se nos métodos proibidos de carácter relativo, ou seja aqueles que abrangem os casos em que se utilizam processos de recolha de prova sem o consentimento dos respectivos titulares: “Aqui, já não existe uma proibição absoluta, mas *meramente relativa*, uma vez que, estando apenas em causa direitos disponíveis, é sempre possível utilizar os meios de prova [...]”⁶⁴, pelo que se conclui com o enquadramento do sistema de geolocalização através de GPS no plano das interdições relativas, as quais pressupõem uma margem de livre conformação legal e, ademais, deve ter-se por abusiva a intromissão quando realizada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial, conforme artigo 34º, nº2 e 4 da CRP, quando essa intromissão se revelar desnecessária, desproporcionada ou destruidora dos direitos (artigo 18º, nº2 e 3 da CRP). Deste modo, estando o sistema de localização por via de GPS fora dos casos previstos na lei por inércia do poder legislativo, não poderemos considerar como abusiva a sua utilização desde que ela seja necessária e siga as vertentes do princípio da proporcionalidade. Os passos dados pelo legislador inscrevem-se na autorização constitucional expressa que lhe é concedida para tipificar como válidos meios de aquisição probatória que se revelem conflituantes com alguns dos direitos fundamentais, tal como ocorre com as buscas domiciliárias e as escutas telefónicas quando confrontadas com os direitos à inviolabilidade do domicílio e das comunicações⁶⁵. Importa também acentuar a natureza não taxativa no que concerne ao regime geral das proibições de prova, ou seja, a aceitação de uma proibição de prova não depende da sua consagração legal expressa, até porque o artigo 126º CPP não ostenta um catálogo fechado, tipificador de um *numerus clausus* de provas proibidas. Eis um elemento já firmado no **Acórdão do TC nº 192/2001 de 17 de Julho**⁶⁶ considerando que a CRP estabeleceu um acervo de nulidades processuais impostas ao legislador ordinário, em qualquer processo penal *in concreto*, sem necessidade de mediação de outro diploma legal.

⁶⁴ Cf. Acórdão do STJ, Processo nº 1/13.9YGLSB.S1, (Relator Raúl Borges) de 17-04-2015. Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 15/12/2017.

⁶⁵ Para esta temática *vide* por todos NOVAIS, Jorge dos Reis, (2003) *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Parte II. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora.

⁶⁶ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 11/01/2018.

O sistema de localização por via de GPS enquadra-se, do nosso ponto de vista, entre os meios não constantes do catálogo legal, enquanto idóneo à verificação do *thema probandum* não proibido pelo legislador, isto é, como um meio de prova inominado ou prova atípica. Aliás, tais provas atípicas têm obtido um interesse crescente em razão da permanente evolução científica e do progresso tecnológico e, no caso do GPS, veio permitir uma técnica inovadora de conhecimento e demonstração probatória no quadro dos denominados meios ocultos de investigação. Segundo Sandra Oliveira e Silva um primeiro corolário da compreensão da liberdade ou não taxatividade dos meios de prova a partir do artigo 125º do CPP é a admissibilidade de que uma prova atípica pressupõe não apenas a ausência de uma expressa proibição normativa, mas ainda a ausência de um meio probatório tipificado susceptível de produzir o mesmo resultado cognoscitivo: “Provas atípicas são apenas os instrumentos probatórios efectivamente não previstos pelo legislador e não *formas irrituais* de aquisição de meios de provas já disciplinados no tecido processual.”⁶⁷.

Deste modo, julgamos que o sistema de localização por via de GPS permite conciliar o duplo escopo do Estado de Direito, a saber: garantir aos indivíduos a sua liberdade contra os perigos de injustiça, ou seja violações do *due processo of law* e, simultaneamente procura defendê-los contra agressões excessivas da actividade empenhada na realização da justiça penal. Ou dito de outro modo, existe um mandamento ético e jurídico de procurar a verdade material, mas ao mesmo tempo um outro dever ético e jurídico que implica a exclusão da possibilidade de empregar certos meios na investigação criminal, nomeadamente aqueles que acarretam um elevado grau de intrusividade na esfera privada dos indivíduos. Assim sendo, é preciso atender ao critério da ponderação de interesses e, nomeadamente, entre os interesses da investigação criminal e os direitos fundamentais do arguido, a tutela dos bens jurídicos individuais co-envolvidos. O sistema de localização por via de GPS como meio oculto de prova não atenta, defendemos, contra os direitos dos cidadãos (ou somente o faz com uma fraca intensidade), pelo que não acarreta uma ingerência abusiva nos direitos dos cidadãos que é, em última instância, o fundamento essencial para a proibição de prova.

⁶⁷ SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), p. 564. Esclarece ainda esta autora que: “[...] uma coisa é a admissibilidade de meios de prova não expressamente previstos (essas sim, provas atípicas (*próprio sensu*), outra bem diferente é permitir desvios ao figurino probatório *expressis verbis* previsto pelo legislador pela aquisição irritual de meios tipificados de prova (no que resultam meras provas típicas e legalmente produzidas). *Idem. Op. Cit.*, p. 565.

Ou seja: o sistema de localização por via de GPS não implica um excessivo sacrifício dos direitos dos indivíduos por parte das autoridades judiciárias, dos órgãos de polícia criminal ou inclusive dos particulares (pensamos nos empregadores). Assim, respeitando o princípio da proporcionalidade, pode constituir um meio mais eficaz com vista à busca da verdade sem que essa se faça sem escrúpulos, já que esse sistema pode configurar um meio justo, eficaz ou idóneo para a verdade processual que não é um valor absoluto, no sentido em que não tem de ser investigada a qualquer preço, entendendo-se aqui como preço um sacrifício intolerável de direitos fundamentais das pessoas. Face aos argumentos aduzidos, discordamos das orientações de autores como Pinto de Albuquerque, Costa Andrade e Benjamim Silva Rodrigues por defenderem a inadmissibilidade da utilização do sistema de GPS, com o fundamento de constituir um método proibido de prova, dado não estar previsto na lei e por, enquanto meio de obtenção de prova atípico, ter um carácter muito intrusivo na intimidade/privacidade. Ao contrário, aproximamo-nos da orientação de Santos Cabral e Duarte Nunes que admitem o recurso a este meio de obtenção de prova atípico com base no artigo 125º CPP por considerarem, entendimento que partilhamos, que não colide de forma profunda com o direito à intimidade e ainda em determinados Acórdãos que teremos a oportunidades de aprofundar no capítulo V, em que é valorado este instrumento de obtenção de prova, não obstante a ausência de uma norma habilitante expressa no que respeita à utilização de instrumentos de vigilância espacial (salvo a localização celular) prevista no artigo 189º do CPP.

1.4. A autoridade competente para autorizar os métodos ocultos

Neste tópico, de forma sucinta, debruçamo-nos designadamente no princípio da reserva de juiz⁶⁸, no sentido em que existindo a necessidade de recurso a uma medida relacionada directamente com direitos fundamentais (artigo 32º, nº4 e 202º, nº2 CRP), especialmente quando está em causa um método oculto de investigação criminal, é, via de regra, ao juiz de instrução que incumbe a aferição dos pressupostos legais para a sua utilização. Assim sendo, é ao juiz, protagonizando uma entidade imparcial e

⁶⁸ A mesma visa “[...] assegurar a *tutela preventiva* dos direitos de uma pessoa (normalmente o arguido) exposta à invasão e à devassa e sem qualquer possibilidade de assegurar a sua própria defesa. Além do mais, trata-se de medidas cuja danosidade é certa (e drástica) e cujas vantagens são incertas e aleatórias. Tudo a justificar por isso, a intervenção de uma autoridade independente e neutra.” ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 117.

descomprometida no processo que compete proceder à análise objectiva dos bens jurídicos conflituantes nos termos da Lei e da CRP e, sob proposta do MP, decidir pela justificação casuística da restrição de direitos fundamentais⁶⁹. Esta participação do juiz é especialmente relevante no que aos métodos ocultos de investigação criminal diz respeito, porquanto inexistente o contraditório por parte do titular do direito fundamental atingido: “Ao juiz incumbirá aqui exercer uma função de *representação compensatória* do arguido⁷⁰, analisando criticamente os argumentos apresentados para a concessão da autorização judicial e contrabalançando-os com os interesses e direitos do visado.”⁷¹. Ao juiz incumbe, portanto, autorizar total ou parcialmente ou indeferir o pedido, devendo fazê-lo de maneira fundamentada, estabelecendo balizas para a execução da medida (nomeadamente o limite temporal da sua execução, os aparelhos visados, entre outros), mas também ponderando de modo autónomo as circunstâncias factuais e de direito relevantes para a decisão, não se limitando a anuir acriticamente ao juízo formulado pelo MP. Porém, existem métodos ocultos em que o legislador excepciona a necessidade de autorização judicial ou então torna-a num simples mecanismo de deferimento tácito (p. ex. nas acções encobertas artigo 3º, nº 3 da Lei nº 101/2001), o que, do ponto de vista de David Silva Ramalho constitui uma desvalorização do papel de juiz das liberdades:

“[...] através da sua progressiva subalternização ao juízo do MP [o que] implica que se pense seriamente em novas vias para compensar os prejuízos colocados à posição jurídica do visado, em particular quando o mesmo apenas possa exercer um contraditório *diferido*.”⁷².

⁶⁹ Cf. RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 212.

⁷⁰ A mesma ideia é sufragada por Costa Andrade que considera que o juiz tem a faculdade de “[...] garantir que a decisão sobre uma medida oculta de investigação tenha na devida conta os interesses do arguido, quando, por causa do carácter oculto da medida, o arguido não pode curar, ele próprio, dos seus interesses. O controlo opera assim como uma representação compensatória do arguido naquela fase do processo.”. ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 118.

⁷¹ RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.213.

⁷² *Idem. Op. Cit.*, p. 214. O mesmo entendimento é sustentado por Costa Andrade, nos seguintes termos: “[...] o juiz corre o risco de figurar reduzido ao estatuto de *longa manus* do Ministério Público, assumindo a sua versão dos factos e chancelando as suas pretensões. Para, na medida do possível, se obviar a este risco (e a esta perversão), o juiz deve escrutinar autonomamente a versão carregada pela acusação, submetendo a apreciação crítica a sua pertinência e plausibilidade [...] estas são exigências que têm o seu campo paradigmático de aplicação face a pressupostos como a *suspeita fundada* e a *subsidiariedade*. Tópicos face aos quais dito de forma sincopada, o respeito pela reserva de juiz postula uma ruptura epistemológica ou, ao menos, uma descontinuidade metodológica, entre o juízo adiantado pela investigação e o do juiz. Que tem de subjectivar e assumir de forma autónoma e auto-referente a

Esta matéria tem sido controvertida na própria jurisprudência, nomeadamente na orientação adoptada no **Acórdão do TRE de 07-10-2008**, Processo nº 2005/08-1 e no **Acórdão do TRG de 12-10-2009**, Processo nº 1396/08.1 PBGMR-A.G1. No primeiro aresto o Tribunal de recurso pronunciou-se sobre a questão da possibilidade da utilização processual penal de aparelhos receptores de dispositivos electrónicos de dados emitidos pelo GPS em viaturas automóveis, visando a posterior utilização probatória dos dados electrónicos registados sobre a respectiva localização, entendendo o tribunal de recurso contra o recorrente que a competência para a utilização desse dispositivo na fase do inquérito seria do MP e não do JIC, concluindo que o mesmo devia ser admitido. Por contraste, o segundo aresto firmou que devia ser indeferido um requerimento do MP para acesso a mensagens escritas (SMS) recebidas pela rede telefónica móvel, concluindo que tal matéria não integrava a reserva de juiz⁷³.

Por conseguinte, e de acordo com a perspectiva de Costa Andrade, é por via da reserva de juiz e pelo seu concreto exercício que passa o sucesso do regime jurídico da investigação encoberta: “Na verdade, seja como for que as coisas se perspectivem a nível da *law in books* no plano da *law in action* é às mãos do Juiz que as soluções legais conhecem a conformação definitiva.”. Defendemos que a tutela preventiva de direitos fundamentais é indispensável e nesse quadro é fundamental a função da intervenção do juiz que não pode ser encarado como uma barreira contra o recurso às medidas que incorporam a utilização de métodos ocultos de investigação criminal, mas antes como um guardião dos direitos fundamentais e um contrapeso à danosidade social mais ou menos intensa associada aos métodos ocultos de investigação criminal, pelo que

decisão de autorizar ou recuar a medida.” ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 118.

⁷³ A este propósito frisamos a seguinte perspectiva que aponta para: “[...] os elevados perigos de assunções cartesianas de exclusão da competência judicial de matérias controversas concretamente submetidas ao Juiz de Instrução pelo MP. Num duplo plano: (a) Densidade da garantia de juiz que deve permitir a apreciação de questões directamente submetidas ao Juiz de Instrução relativamente ao recurso de meios tecnológicos que não se apresentam directa e inequivocamente regulados na lei [como acontece com o GPS] como competência própria do titular do inquérito; (b) Riscos para a previsibilidade e eficácia do sistema derivados de abordagens vinculadas a interpretações mais restritas do âmbito da reserva judicial [esclarecendo o autor em nota que tais interpretações são as que “[...] rejeitam a apreciação pelo Juiz de Instrução de pedidos do MP de autorização de recolha de prova electrónica com fundamento na alegada competência própria do Ministério público quando a mesma não se encontra inequívoca.”]”. MESQUITA, Paulo Dá, (2010) “Prolegómenos sobre prova electrónica e interceptação de telecomunicações no Direito Processual Penal português – o Código e a Lei do Cibercrime”, in *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 125]. *Ibidem*.

acolhemos as orientações que enfatizam a tutela preventiva que o juiz deve assegurar enquanto instância independente e neutra⁷⁴.

Em suma, embora concordemos, no essencial, com a posição de Costa Andrade que defende que quaisquer restrições de direitos deve ser exclusivamente do JIC e que todos os casos que envolvam meios de obtenção de prova implicam a autorização do JIC que assume uma representação compensatória, no entanto tendemos a defender uma posição mais mitigada sobre esta questão, no âmbito do denominado princípio de fragmentariedade, deixando aberto o flanco para que o MP detenha competências marginais para a restrição excepcional de direitos fundamentais⁷⁵.

Capítulo II: A admissibilidade da localização por via do sistema GPS como meio oculto de prova à luz dos princípios constitucionais: em que medida e intensidade são atingidos direitos fundamentais?

2.1. Direitos fundamentais pretensamente violados

2.1.1. O direito à intimidade/privacidade: A admissibilidade da esfera íntima ser atingida por métodos ocultos, em especial o da localização por via GPS

Desde logo – e este ponto de vista parece-nos válido para a análise dos diversos direitos fundamentais que iremos analisar à luz da sua compressão mais ou menos razoável pelo sistema de localização por via do GPS - é preciso firmar que a legitimidade do sacrifício de direitos fundamentais com base na prossecução de outro(s)

⁷⁴ “Para cumprir a função de tutela que é própria da *Richtervorbehalt* e dar satisfação às exigências normativas do seu regime, a concreta decisão de autorização de uma medida oculta de investigação terá de assentar numa fundamentação *autónoma e suficiente*. Terá, noutros termos, de ser o juiz, ele próprio, a subjectivar a fundamentação e a medida. E, para isso, a ajuizar crítica e autonomamente as razões de facto e de direito apresentadas pelo Ministério Público para requerer a medida [...] como o Bgh assinala, a exigência de fundamentação ganha um relevo paradigmático face sobretudo a dois tópicos ou variáveis: a *suspeita* (de crime do catálogo) e a *subsidiariedade*. Assim e ainda na esteira do *Bundesverfassungsgericht*, para se considerar cumprida a suspeita, não bastam «meras especulações», considerações hipotéticas ou suposições desligadas de factos e apoiadas apenas em experiencias criminalísticas do dia-a-dia. Por seu turno e do lado da *subsidiariedade*, nunca será bastante invocar a utilidade da medida. Mais do que isso, terá de ser pertinentemente invocado o facto de, em concreto, não se poder lançar mão de nenhuma outra medida oculta ou não e menos gravosa, do que a medida a autorizar.” ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, pp- 550-551.

⁷⁵ Pelo que concordamos com a sugestão hermenêutica de PEREIRA, Bruno de Carvalho (2016) *O sistema de geolocalização GPS no Processo Penal Português. Visão integradora ou atípica no quadro dos meios de obtenção de prova*, Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, pp. 59-60.

interesse(s) ou finalidade(s) com dignidade constitucional deverá ser escrutinada mediante recurso a critérios de proporcionalidade. Segundo Reis Novais⁷⁶ o princípio da proporcionalidade emerge como a referência basilar do controlo da actuação dos poderes públicos no Estado de Direito, assumindo, em especial no domínio dos limites dos direitos fundamentais, o principal papel enquanto mecanismo de controlo da actuação restritiva da liberdade individual. Acresce que o artigo 18º, nº1 da CRP estabelece uma vinculação que implica, numa vertente negativa, o dever de o legislador se abster de criar actos legislativos potencialmente lesivos de direitos, liberdades e garantias:

“(Trata-se, portanto, de uma *norma negativa de competência*) e, numa dimensão positiva, o dever de o legislador promover um quadro legal adequado e actualizado de ligação entre a norma constitucional e a realidade social, de modo a maximizar a tutela constitucionalmente conferida aos direitos e a prevenir eventuais inconstitucionalidades.”⁷⁷.

Mais acrescenta o mesmo autor que “Dentro da margem de liberdade – vinculada e constitucionalmente limitada – deixada ao legislador, cabe-lhe estabelecer e graduar os *meios* para atingir o *fim* da restrição de acordo com o princípio da proporcionalidade.”⁷⁸. Além disso, é necessária uma avaliação prévia⁷⁹ e fundamentada da aptidão desses métodos ocultos para a produção do resultado visado de acordo com os fins justificativos. Em relação ao princípio da necessidade, o qual deve também ser transversal às restrições de direitos fundamentais, significa que de entre os meios idóneos capazes de serem escolhidos abstractamente, seja seleccionado aquele que, em concreto, perante os pressupostos da disposição legal (inexistente no método oculto de investigação criminal da localização por via de GPS) que o consagra ou às circunstâncias do caso concreto em que se aplica, se mostre necessário, exigível ou

⁷⁶ NOVAIS, Jorge dos Reis (2014) *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora.

⁷⁷ RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 202.

⁷⁸ *Idem. Op. Cit.*, p. 203. Sobre o nosso objecto de estudo afirma ainda este autor que: “No que respeita à regulamentação de métodos ocultos de investigação criminal restritivos de direitos fundamentais, caberá ao legislador estabelecer, em função da gravidade do método [a qual é muito pouco acentuada, do nosso ponto de vista, no sistema de localização por meio de GPS], uma *filtragem* do tipo de crimes e das condições da sua prática susceptíveis de justificarem a concreta restrição abrangida pela sua previsão. Daí que, entre os critérios utilizados, se recorra frequentemente a um catálogo de crimes aptos a desencadear o recurso a certo tipo de métodos, quer em função da sua gravidade, quer em função da sua absoluta indispensabilidade para a prova do ilícito.” *Idem. Op. Cit.*, p. 103.

⁷⁹ Cf. MATA- MOUROS, Maria de Fátima (2011) *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Coimbra: Almedina, p. 255.

indispensável para alcançar o fim pretendido⁸⁰, o que aproxima o sub-princípio da necessidade do sub-princípio da proporcionalidade *stricto sensu*. Este pretende aferir da justa medida da limitação, tendo como parâmetro a conexão entre o grau de lesão do direito ou interesse protegido pela CRP e que por ela é afectado e a superioridade do direito ou interesse em favor do qual se realiza a restrição. Além do critério da proporcionalidade, a mensuração do grau de restrição constitucionalmente justificável por via dos métodos ocultos, é preciso ainda ter em conta noções de gravidade do crime, força dos indícios, sanção previsível, indivíduos afectados e essencialidade do meio para a prova do facto sob investigação⁸¹. Compreendemos bem este acervo de cautelas, porquanto uma utilização de meios excepcionais exige prudências mais reforçadas⁸², no

⁸⁰ Cf. NOVAIS, Jorge dos Reis (2014) *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, pp 171-177 e ainda segundo RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: “A necessidade será aferida como o *mínimo necessário* para a eficiência do meio escolhido em comparação com os demais meios idóneos abstractamente aplicáveis, ou seja, como o meio menos restritivo [como julgamos ser o caso da localização por via de GPS] de entre os que se revelam aptos a alcançar o fim”, p. 206.

⁸¹ *Idem*, *Op. Cit.*, pp. 208-209. Conclui o autor, a este respeito, que “Uma avaliação desta natureza pressupõe, em cada momento, uma interpretação integrada, sistemática e hierarquizada da totalidade dos métodos ocultos vigentes para permitir a escolha do meio que, após a ponderação de todas as circunstâncias, se afigura jurídico-constitucionalmente justificada, porquanto proporcional.”. *Idem*, *Op. Cit.*, p. 209. Ora, segundo Jorge Miranda, o princípio da proporcionalidade ocorre, na CRP, nos momentos mais difíceis dos direitos fundamentais, tais como nas restrições de direitos, liberdades e garantias (artigo 18º, nº2 segunda parte); a opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência (artigo 19º, nº4 e nº8); a prisão preventiva tem natureza excepcional (artigo 28º, nº1; artigo 30º, nº5; artigo 50º, nº5; artigo 270º; artigo 272º, nº2; 267º, nº4; 266º, nº2 e 282º, nº4). Segundo este mesmo autor: “É frequente [...] ver o princípio da óptica das medidas restritivas ou até ablativas de direitos. Estando frente a frente dois bens jurídicos, um deles tem de ser sacrificado, ou um e outro têm de ceder algo para poderem subsistir – eis uma relação de custos e benefícios. [...] no entanto, a par de violação do princípio por excesso, não raro registam-se relações opostas por incumprimento, por parte do Estado, de deveres de protecção relativos ao exercício de direitos fundamentais: por exemplo quando o Estado não concede a devida protecção aos dados pessoais (artigo 26º, nº2 e 35º CRP) [...]”. MIRANDA, Jorge (2012) *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 308-309.

⁸² No mesmo sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Op. Cit.*, “O regime próprio dos direitos, liberdades e garantias não proíbe em todo a possibilidade de **restrição** por via de lei, do exercício dos direitos, liberdades e garantias. Mas submete tais restrições a vários e severos requisitos [...] consideração particular neste contexto exige o caso em que a lei pretende revelar limites que não se encontram previstos ou mencionados na Constituição, mas que hajam de entender-se implicitamente decorrentes do seu texto, designadamente por efeito de colisão de direitos: são as **restrições não expressamente autorizadas pela Constituição**, tradicionalmente conhecidas como «limites imanentes». Logo, por isto mesmo se deve ser particularmente exigente e rigoroso na admissão deste tipo de limites [...]”, pp. 388-389. Da perspectiva de Jorge Miranda: “Os direitos, liberdades e garantias referem-se tanto a formas de realização e de defesa das pessoas como a padrões objectivos da ordem jurídica. Não subsistindo, isolados, têm de ser apercebidos também na sua conexão com interesses, princípios e valores ali ínsitos e que sobre eles, verificados determinados pressupostos e balizas, prevalecem. Onde, as restrições enquanto reduções de conteúdo e de âmbito de protecção destes direitos.”, MIRANDA, Jorge, (2012) *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 408. E quanto à questão de saber se as restrições constituem algo de exterior aos direitos reduzindo o seu conteúdo e o seu âmbito, ou se, diversamente, faz parte logo do seu conteúdo, o mesmo autor adopta a teoria externa, porque: “[...] a temos por mais adequada ao princípio da liberdade e mais

cumprimento do princípio da proporcionalidade constante do artigo 18, nº2 da CRP (*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*). No que concerne ao regime específico dos direitos, liberdades e garantias, J. Melo Alexandrino enuncia três postulados a ter em conta, a saber: o da diferenciação, o da relatividade e o da mobilidade⁸³. Quanto à intervenção restritiva, segundo o mesmo autor, ela carece, via de regra, de um prévio apoio numa norma legal⁸⁴. Anotamos ainda as situações de colisão de direitos no caso concreto, a partir da seguinte distinção operada por este autor:

“Ao passo que na restrição se procura uma resolução prévia de conflitos, (pensados em abstracto e no mero plano das normas) através de soluções legais que harmonizem os bens e interesses em presença (ou que remetam para fórmulas gerais que permitam encontrar uma solução), a resolução da colisão de direitos no caso concreto não cabe ao legislador, mas sim aos titulares dos direitos em presença, às entidades eventualmente chamadas a intervir e, em última instância aos tribunais [...]”⁸⁵.

Reflectiremos, doravante, sobre o grau de danosidade no sistema de localização por meio de GPS no que diz respeito ao direito fundamental à intimidade/privacidade, à reserva da vida privada, o qual está consagrado no artigo 26º, nº1 da CRP, tal como nos artigos 12º da DUDH, 8º da CEDH. No seu conteúdo, o direito à intimidade/privacidade pode desdobrar-se nos direitos a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e a que ninguém divulgue as informações que possua sobre a vida privada e familiar de outrem. No entanto, concordamos com a orientação de Duarte Nunes, ao considerar que:

“[...] os factos criminosos (incluindo conversas acerca de crimes já cometidos), sobretudo nos casos de maior ressonância social não gozam da tutela da intimidade/privacidade, pelo facto de a prática de um crime não atingir apenas a vítima, mas também a sociedade no seu todo e de ser abusivo que alguém invoque o seu direito à privacidade quanto à prática de facto criminosos.”⁸⁶.

propicia a formas efectivas de controlo perante intervenções abusivas do legislador à margem dos princípios consignados no artigo 18º, nºs 2 e 3. A teoria interna, levando as suas premissas lógicas até ao fim, poderia negar o verdadeiro alcance destes princípios. Siga-se esta ou aquela teoria, o essencial há-de consistir sempre em tomar as restrições no contexto da ordem constitucional e não *ad hoc* e em dilucidá-las e aplicá-las à luz do princípio da proporcionalidade.”. MIRANDA, Jorge, (2012) *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, pp.416-417.

⁸³ ALEXANDRINO, José de Melo (2007) *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2ª ed., Cascais: PrincípiA, p.118.

⁸⁴ *Idem*, *Op. Cit.*, p. 125.

⁸⁵ *Idem*, *Op. Cit.*, p. 126.

⁸⁶ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de

Tal como defendemos, quando estamos face a um direito fundamental desprovido de protecção absoluta, são admissíveis restrições da esfera privada, desde que elas sejam conformes às directrizes do princípio da proporcionalidade. Daí perfilharmos a posição de Duarte Nunes segundo a qual:

“ [...] não podendo (nem querendo) ignorar a especial eminência da protecção de matérias que respeitam à área mais interior da personalidade das pessoas, ainda assim consideramos que a esfera íntima não deverá gozar de uma protecção absoluta e que, por isso, não constituirá um obstáculo intransponível para a investigação, pese embora, quando estiver em causa a restrição desta esfera, a ponderação tenha de ser muito mais exigente do que quando esteja em causa a esfera privada, só podendo a esfera íntima [a análise do autor recorre à teoria das três esferas] ser atingida em situações muito excepcionais.”⁸⁷.

Em termos jurisprudenciais, a utilização do GPS enquanto equipamento electrónico de vigilância e controlo tem suscitado controvérsia, porquanto certos Acórdãos tendem a considerar que inexistente uma restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, nomeadamente das dos trabalhadores em sede de direito laboral, outros consideram que tal intrusividade não ocorre. A título de exemplo o **Acórdão do TRP de 05-12-2016**, Processo 20/14.8T8AVR.P1⁸⁸, considerou que tal utilização do GPS acarretava uma restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, violando assim o artigo 26º, nº1 da CRP, designadamente uma restrição à liberdade de movimento e por esses dados integrarem informação atinente à vida privada dos trabalhadores controlados. Ainda assim, e em concordância com as reservas que apontámos *supra*, esse mesmo Acórdão esclarece que:

“Os dispositivos de geolocalização, como qualquer sistema de vigilância, envolvem restrições de direitos fundamentais pelo que, em caso de conflito de direitos, as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses fundamentais, de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tripla vertente de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, implicando uma ponderação dos interesses fundamentais em conflito.”⁸⁹.

doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.118-119.

⁸⁷ *Idem. Op. Cit.*, p. 124.

⁸⁸ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 15/12/2017.

⁸⁹ A este respeito: “ Se não for possível resolver a colisão com base no escalonamento abstracto dos direitos e na ausência ou insuficiência das disposições legais harmonizadoras, a solução deverá ser encontrada tendo em consideração um leque variável de factores (natureza e importância abstracta dos direitos, relevância concreta dos direitos e dos interesses em presença, qualidade dos intervenientes, peso das demais circunstâncias do caso, etc.), segundo um princípio de harmonização e concordância prática que possibilite uma equilibrada distribuição dos custos do conflito. Na maior parte dos casos, porém, não se poderá escapar nem à metodologia da ponderação dos bens, nem à aplicação do critério da proporcionalidade (nas suas distintas dimensões), podendo no limite chegar-se à conclusão de que um dos

Igualmente a Deliberação nº 7680/2014 da CNPD considerou que, no contexto laboral, o uso de dispositivos de GPS entram na esfera da vida pessoal e da privacidade, constituindo um tratamento de dados pessoais⁹⁰ enquadrados no conceito de dados sensíveis, segundo o disposto no artigo 7º, nº1 da LPDP. Ora, não ocorrendo uma abusiva intromissão na vida privada, dada a pouca intrusividade dos dispositivos de geolocalização, julgamos poder ultrapassar a determinação da CRP segundo a qual são nulas todas as provas obtidas através de abusiva intrusão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Além do mais, se pensarmos que um dispositivo de geolocalização de GPS é susceptível de elaborar perfis comportamentais, designadamente de trabalhadores, rastreando as movimentações realizadas e os tempos de permanência em determinados locais, tal não configura, em rigor, uma inaceitável invasão da vida privada dos trabalhadores. No mesmo sentido seguiu o **Acórdão do TRE de 08-05-2014**, Processo 2731/11.3 TTSTR.E.1,(Relator Paula do Passo)⁹¹ que considerou a instalação de um equipamento de GPS numa viatura atribuída a um trabalhador como uma ingerência inadmissível na sua vida privada. Todavia, essa ingerência deveu-se ao facto de a instalação do equipamento ser para uso total, ou seja, a viatura poder ser usada pelo trabalhador em termos pessoais, o que fere a proporcionalidade e a justa medida, já que o empregador não tinha necessidade de controlar o trabalhador no período extralaboral, sendo um caso exemplar de utilização abusiva do equipamento de GPS. Permitindo o mecanismo de geolocalização conhecer a localização geográfica por exemplo de um trabalhador, pelo menos enquanto este permaneça na viatura a questão com que nos deparamos é a de saber se a colocação de equipamento GPS em veículos da propriedade da empresa viola ou não direitos de personalidade dos trabalhadores reconhecidos nos artigos 1º, 24º, 25º, 26º, 27º, 34º, 35º e 37º da CRP, 72º, 75º, 79º e 80º do CC e artigos 14º a 22º do CT. Daí concordarmos com a interpretação feita no Acórdão do TRE por a empresa ter ingerido em aspectos não directamente relevantes para a actividade laboral exercida pelo trabalhador e, portanto, o sistema de GPS deveria ter-se restringido tão somente à prestação da actividade pelo trabalhador ou então essa limitação só poderia ocorrer mediante autorização do trabalhador. Por contraste, o **Acórdão do TRE de 07-10-2008**, Processo

direitos (ou um dos interesses) tem de ceder totalmente perante o(s) outro(s).”, ALEXANDRINO, José de Melo, (2007) *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2ª ed., Cascais: Princípiã, pp. 126-127.

⁹⁰ Neste sentido a LPDP define, no seu artigo 3º, alínea a) dados pessoais como *Qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável.*

⁹¹ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt , consultado em 15/12/2017.

2005/08-1 (Relator Martinho Cardoso)⁹², ao basear a sua decisão no artigo 125º do CPP e também no artigo 126º CPP, considerou que por, justamente, a obtenção de provas não ter sido feita à custa da intromissão na vida privada, tais provas não seriam nulas e, portanto, não caberia no âmbito do nº3 do artigo 126º, fundamentando da seguinte forma essa sua orientação, com a qual estamos de acordo:

“O ter a autoridade policial no decurso de um inquérito criminal acesso à informação de onde está a cada momento um determinado veículo automóvel não pode ser visto como uma intromissão na vida privada de quem vai nesse veículo, pois que o GPS é um aparelho surdo e cego no sentido de que não escuta as conversas dos ocupantes do carro [e é por isso mesmo que as escutas têm um grau de intrusividade manifestamente superior em relação ao sistema de localização por via de GPS] nem identifica quem lá vai e o que estão a fazer, apenas informa onde está o veículo, circunstância que é visível a olho nu para quem olhe para o carro e lhe vê a matrícula. Daí que expressões ou divulgações como «estava lá o carro de Fulano», «vi passar o carro de Sicrano» ou «o carro de Beltrano fica todas as noites estacionado à porta da Maria» não constituam qualquer comportamento tipificado como crime de devassa da vida privada, p. e p. artigo 192º do CP.”.

Esse mesmo Acórdão dá ainda o exemplo da investigação de crimes ocorridos em alto mar em que as autoridades juntam ao processo como prova o mapa do itinerário da embarcação marcado no GPS da mesma. De igual modo contrasta a localização por GPS com o seguimento personalizado em que no caso daquele se desconhece totalmente o que é que o(s) seu(s) ocupante(s) estão a fazer de concreto ao passo que o seguimento clássico se afigura como um método profundamente mais intrusivo e abrangente do que o simples conhecimento da localização do carro. Seguindo a mesma orientação da não violação do direito à intimidade/privacidade, destacamos o **Acórdão do TRP de 21-03-2013**, Processo 246/12.9TAOAZ-A.P1 (Relator Joaquim Gomes)⁹³ que após ponderação das três dimensões do princípio da proporcionalidade, considerou que esse método de recolha de prova não constituía uma ingerência abusiva da vida privada, respaldando-se ainda no artigo 18º, nº2 da CRP para considerar que o sistema de localização por via de GPS se limita ao necessário para garantir outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, ou seja, que ele se enquadra no princípio de intervenção mínima na restrição dos direitos fundamentais e das liberdades públicas. Igualmente as sucessivas excepções admitidas à proibição de recolha de dados pessoais e o seu tratamento automatizado, tais como a Convenção do Conselho da Europa para a protecção dos indivíduos face ao tratamento automático de dados pessoais (1981) e das

⁹² Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 15/12/2017.

⁹³ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 15/12/2017.

Directivas da OCDE sobre a protecção da vida privada e os fluxos transfronteiras de dados pessoais (1981) e ainda Directivas europeias sobre a protecção de dados pessoais, têm densificado o conceito de dados sensíveis. Em suma, o tema da privacidade convoca a limitação da vigilância, nomeadamente quando estão em causa as tecnologias da informação e estas podem traduzir, na formulação de Michel Foucault, uma intrusão panóptica ou como a redimensionou Deleuze⁹⁴, uma sociedade de controlo; um controlo prevalentemente difuso e partilhado na interação entre pessoas e tecnologias da informação e comunicação, mas em que o respeito pelo direito à reserva sobre a vida privada deve permanecer como marca axiológica fundamental enquanto direito especial de personalidade⁹⁵ e com garantias constitucionais concretizadas mediante o direito à auto-determinação informativa de acordo com o artigo 35º, nº3 da CRP. Além disso, não podemos negligenciar, designadamente no nível do tratamento de dados do empregador - o papel fundamental da CNPD e da exigência da sua autorização prévia sobretudo nos dados pessoais sensíveis em que se inclui a vida privada, segundo ainda o disposto nos artigos 7º e 8º e o artigo 28º, nº1, alínea a) da Lei nº 67/98 de 26 de Outubro sobre protecção de dados pessoais. Assim, no que respeita à licitude da

⁹⁴ “«Controle» é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo [...] os indivíduos tornaram-se «dividuais», divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados mercadores ou «bancos»”. Deleuze, G. (1992) *Post-Scriptum sobre as sociedades de controle*, disponível em [em linha] http://www.portalgens.com.br/filosofia/textos/sociedades_de_controle_deleuze.pdf, consultado em 16/12/2017, pp.2 e 3.

⁹⁵ “Os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver [...] revelam o conteúdo necessário da personalidade [...] têm por objecto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica [...]”. MIRANDA, Jorge, (2012) *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 73. Um dos exemplos dado por este autor é justamente o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, artigo 80º do CC e 26º da CRP com base no postulado primordial do respeito pela dignidade da pessoa humana constante no artigo 1º CRP tendo ainda outras manifestações tais como: o direito à integridade pessoal (artigo 25º); direito à liberdade e à segurança (artigo 27); certas garantias relativas à informática (artigo 35º), entre outros. Há, porém, que fazer uma importante distinção: “Não obstante largas zonas de coincidência, não são, contudo, assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade. Basta pensar nos demais direitos inseridos no texto constitucional que extravasam dali [...] mas, sobretudo, são distintos o sentido, a projecção, a perspectiva de uns e outros direitos. Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística e mediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares (artigo 18º, nº1); os direitos de personalidade uma incidência privatística ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do direito constitucional, os direitos de personalidade ao do direito civil.”, *Op. Cit.*, p.76. Já segundo Gomes Canotilho : “Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado, os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão) [...] hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como «direito à pessoa ser e à pessoa devir » cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.”. CANOTILHO, J.J Gomes (2002) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, p. 396.

colocação de mecanismos de GPS nos veículos de serviço à disposição dos trabalhadores, consideramos que ela não é colocada em causa, na medida em que tal sistema não permite captar as circunstâncias, duração e resultados das visitas realizadas aos clientes nem tampouco identificar os respectivos intervenientes. Além do que, por não ocorrer captação de imagem ou som, fica reforçada a não afectação da esfera de intangibilidade dos valores da privacidade e da dignidade humana. Não obstante a CNPD na sua Deliberação nº 7680/2004 vir a considerar existir um risco sério de invasão da privacidade, ainda assim é muito discutível que os dados relativos à localização do trabalhador sejam totalmente atinentes à sua vida privada cabendo nos chamados dados sensíveis⁹⁶, orientação com a qual discordamos.

Para melhor contextualizarmos o grau com que a localização por sistema de GPS atinge este direito fundamental que estamos a tratar, julgamos pertinente, conquanto de modo sinóptico, referir como os direitos fundamentais são atingidos por outros mecanismos que não o da geolocalização. No caso da localização celular, regulada na Lei nº 109/2009, julgamos que a obtenção de dados por essa via é potencialmente mais atentatória dos direitos à intimidade/privacidade, à auto-determinação informacional e à inviolabilidade das comunicações, quando confrontada ao mecanismo de GPS. Deste modo, na eventualidade da localização mediante um sistema GPS atingir o direito à intimidade/privacidade, fá-lo, todavia de uma maneira muito pouco intensa e pode dar-se o caso de o aparelho de GPS ser colocado por exemplo num contentor para monitorizar a circulação de uma mercadoria em que não existe qualquer restrição de direitos fundamentais⁹⁷.

Embora Benjamin Silva Rodrigues, Pinto de Albuquerque e Costa Andrade baseiem a sua posição da inadmissibilidade do sistema de localização por GPS como meio de obtenção atípico por ser dotado de uma natureza altamente intrusiva na

⁹⁶ A este propósito salientamos a seguinte perspectiva: “[...] impressionam-me os argumentos da CNPD relacionados com a evolução das capacidades intrusivas da geolocalização quanto ao detalhe da localização e definição do perfil do movimento e acções dos trabalhadores, não podendo deixar de conceder que se tratam efectivamente de meios de vigilância à distância a exigir a observância de finalidades legítimas e, portanto, à sua regulamentação, por via da autorização, tal como sucede com a vídeo-vigilância.”. MENDES, Luís Azevedo (2016) “Privacidade e Tecnologia de Informação em Contexto Laboral”, in *Intervenção no VIII Colóquio Anual Sobre Direito do Trabalho do Supremo Tribunal de Justiça*, Outubro de 2016. Disponível em, [em linha] http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VIII_coloquio_DT/LusAzevedoMendes.pdf, consultado em 03/09/2017, p.10.

⁹⁷ Cf. NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 465 e ss..

intimidade/privacidade, já Duarte Nunes diverge dessa orientação, pois defende, quanto à admissibilidade deste método oculto, que não obstante estarmos face a uma restrição, a qual considera como não intensa, de direitos fundamentais, constitui um meio investigatório que “[...] pela sua enorme fiabilidade e exactidão na determinação da localização geográfica, é essencial para responder ao crime organizado [...]”⁹⁸.

Um exemplo disso - e que pode ser interpretado à luz da 2ª parte do nº2 do artigo 18º da CRP em que existe a autorização, tendo em vista a prossecução das finalidades intrínsecas do processo penal e respeitadas as demais exigências constitucionais, a restrição dos direitos fundamentais, nomeadamente à reserva da vida privada - é o sucedido no Estado do Ohio, em que as forças policiais de Lucas Country, usaram um dardo colocado na traseira do carro em que o criminoso seguia, o que tem desde logo a vantagem de evitar ser necessário perseguir de perto veículos em fuga e evitar que os criminosos saibam que estão a ser monitorizados e realizem manobras perigosas. Através desse dardo GPS a polícia conseguiu seguir o criminoso e pedir auxílio a outras forças policiais que se envolveram na perseguição, já que este sistema permitiu-lhes saber a localização e a velocidade a que circulava o veículo, possibilitando o uso de um mecanismo idóneo a perfurar os pneus (*stop sticks*), de modo a pará-lo⁹⁹. Salientamos ainda o **Acórdão do TC n.º 254/99** que admitiu que em hipóteses de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova e, por conseguinte, de conflito com o interesse na prossecução penal e com o princípio da verdade material, pode haver restrição do direito fundamental à reserva da vida privada dentro do âmbito do que Santos Cabral denomina como Estado de necessidade conducente à legalidade de prova¹⁰⁰.

Em França, a geolocalização tem, de forma crescente sido utilizada como meio habitual de investigação seja para procurar os autores de um crime ou delito, seja para conservar os factos e os gestos de potenciais delinquentes. No entanto, o Tribunal de Cassação num aresto de 22 de outubro de 2013 veio sublinhar que tais práticas constituem atentados à vida privada:

⁹⁸ *Idem. Op. Cit.*, p. 470. Mais acrescenta este autor que: “[...] o uso do sistema de GPS encerra uma danosidade pouco intensa em termos de restrição de direitos fundamentais, pelo que dificilmente se poderá considerar o uso do sistema de GPS como sendo portador de um elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito.”. *Ibidem* sendo esta a posição que adoptamos.

⁹⁹ In *Jornal de Notícias*: <https://www.jn.pt/motor-24/interior/policia-usa-dardo-gps-para-seguir-veiculos-suspeitos-8809823.html> em 30 de Setembro de 2017, consultado em 08/11/2017.

¹⁰⁰ CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 432.

“A geolocalização e o seguimento dinâmico em tempo real de uma linha telefónica à revelia do seu utilizador constituem uma ingerência na vida privada e familiar que não é compatível com as exigências do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem se não na medida em que for prevista por uma lei suficientemente clara e precisa.”¹⁰¹.

O direito à reserva sobre a vida privada também deve ser escrutinado no que diz respeito à matéria laboral - até porque, como trataremos no capítulo V, existe abundante jurisprudência sobre a admissibilidade ou não do sistema de localização por meio de GPS – uma vez que, sendo um direito especial de personalidade e, por natureza, um direito sobre informação (acerca da própria pessoa) assiste-lhe um conjunto de garantias constitucionais estipuladas por via do direito à auto-determinação informativa e que tutela o controlo dos dados pessoais de cada um, em conformidade com o artigo 35º, nº3 da CRP (*A informática não deve ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis*)¹⁰². Além disso, o artigo 125º CPP – que estudaremos com mais detalhe *infra* – contém o sistema probatório atípico, o qual encontra o seu limite quando atenta contra direitos, liberdades e garantias fundamentais, isto é, quando se torna abusivo e intolerável o seu desrespeito.

2.1.2. O direito à inviolabilidade das comunicações

O artigo 34º, nº1 da CRP sob a epígrafe: *O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis; n.º 4 É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*¹⁰³ consagra o direito à inviolabilidade da

¹⁰¹ Disponível em [em linha] <http://moreas.blog.lemonde.fr/2013/11/12/geolocalisation-les-enqueteurs-devront-sadapter/comment-page-1/>, consultado em 09/11/2017.

¹⁰² Como bem CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p.556, este preceito admite três exceções, a saber: “(i) consentimento expresso do titular dos dados; (ii) a autorização legal, em casos justificados, e com garantias de não discriminação; (iii) processamento de dados estatístico não individualmente identificáveis.”. *Ibidem*.

¹⁰³ “A excepcionalidade das **restrições** constitucionalmente autorizadas implica que as *restrições legais* (CPP artigos 187 e 188) e as *intervenções restritivas* decididas ou autorizadas pelo juiz («escutas

correspondência e de outros meios de comunicação entre privados. Este direito, em conformidade com o artigo 34º, nº4 da CRP não é absoluto, uma vez que pode ser restringido em matéria do processo criminal, sendo discutível a admissibilidade das restrições a este direito para outras finalidades, nomeadamente para fins de prevenção criminal¹⁰⁴ ou até de execução de penas, o que, como afirma Duarte Nunes, parece não ser possível¹⁰⁵, todavia se pensarmos no fenómeno da criminalidade organizada seja possível ponderar a recolha de informações previamente à aquisição da *notitia criminis* que serão posteriormente utilizadas no processo penal, assistindo-se a uma diluição de fronteiras entre a prevenção e a repressão penal, pois como acontece com as escutas telefónicas a sua utilidade pode radicar não tanto na prova de crimes já consumados, mas antes na investigação e prevenção de crimes que possam vir a ser cometidos. Assim sendo, concordamos com a posição deste autor ao afirmar que “[...] o artigo 34º, nº4 da CRP não veda restrições do direito à inviolabilidade das comunicações no plano da prevenção criminal e da execução da pena de prisão.”¹⁰⁶, enquanto autores como Pinto de Albuquerque, Fátima Mata-Mouros, Germano Marques da Silva, entre outros têm uma posição contrária.

Quanto à obtenção de dados de localização e de identificação de pessoas e bens através da solicitação desses dados a terceiros, também está em causa a lesão do direito à inviolabilidade das comunicações, mas tal lesão é pouco intensa se a compararmos com a resultante das escutas telefónicas. Além disso este meio pode ser levado a cabo a partir do artigo 14º da Lei nº 109/2009. O artigo 34º, nº4 da CRP considera inadmissíveis os meios de prova que impliquem a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, conquanto a CRP não especifique todos os meios de prova que poderão ser incluídos, até porque assistimos a uma proliferação de novos meios

telefónicas», nos termos do artigo 187º do CPP) estejam sujeitas aos princípios jurídico-constitucionais das leis restritivas referidas no artigo 18º [...]” *Idem. Op. Cit.*, p. 543.

¹⁰⁴ Um exemplo que pode ilustrar a importância dos localizadores de GPS em termos de prevenção é o da colocação de uma pulseira GPS monitorizada via satélite e que motivou um recurso de um reincidente (Dale Grady) para o Supremo Tribunal da Carolina do Norte por violação dos direitos da 4ª Emenda ou ainda o caso ocorrido na Califórnia em que um criminoso sexual foi detido antes de cometer um crime através da tecnologia GPS usada na sua pulseira de tornozelo, já que os dados enviados pelo dispositivo mostraram que ele rondava o campus de uma universidade e diversos colégios, no sul do Estado, o que permitiu o seu reencaminhamento para a prisão, pois estava em liberdade condicional. Disponível em [em linha] <http://tecnologia.terra.com.br/noticias/0,,OI743759-EI12882,00Pulseira+com+GPS+ajuda+a+deter+criminoso+sexual.html>, consultado em 25/10/2017.

¹⁰⁵ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.135.

¹⁰⁶ *Idem. Op Cit.*, p. 136.

tecnológicos. Neste princípio aquilo que se pretende garantir é que qualquer cidadão tenha a confiança de que, quando estabelece uma comunicação, o seu conteúdo se conserve tão somente no domínio do conhecimento do destinatário ou círculo de destinatários que ele haja determinado, o que faz da inviolabilidade das comunicações um elemento particular da intimidade/privacidade, embora as informações manifestadas nas comunicações nem sempre se relacionem com a intimidade/privacidade. Também este direito não é absoluto (artigo 34º, nº4 CRP), pelo que pode ser restringido em matéria de processo criminal, sendo que tendemos a considerar a admissibilidade das restrições a este direito para fins como sejam os de prevenção criminal ou mesmo de execução de penas. No que respeita ao sistema de localização por via GPS não nos parece atingir este direito fundamental, porque não são divulgados os conteúdos de comunicações privadas, uma vez que é mantida a inviolabilidade da correspondência e, além disso, à sua restrição pode sobrelevar a prevenção criminal. Num entendimento diverso, poder-se-ia considerar que os dados de tráfego juntamente com o conteúdo da comunicação traçariam o âmbito da inviolabilidade das comunicações e no que, aos primeiros diz respeito, a questão seria a da localização ou seja, dados que permitam identificar a posição geográfica do respectivo utilizador, o que na linha desse entendimento, que não comungamos, informações como a hora, o destinatário ou o local onde se realizou a comunicação devem estar abrangidos pela garantia constitucional de inviolabilidade, pelo que remetemos para a Lei nº 41/2004 de 18 de Agosto sobre o tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas. Além disso é preciso referir a Lei nº 46/2012 de 29 de Agosto que transpõe a Directiva nº 2009/136 CE do PE e do Conselho de 25 de Novembro e que veio alterar a Lei nº 41/2004 de 18 de Agosto, sendo de assinalar como relevante a obrigação de notificação à CNPD de violações de dados pessoais¹⁰⁷.

2.1.3. O direito à auto-determinação informacional

Este direito encontra-se consignado no artigo 35º da CRP, mas também nos artigos 12º da DUDH e 8º da CEDH e, *grosso modo*, traduz o direito de cada pessoa controlar a informação disponível a seu respeito, de maneira a proteger os indivíduos contra a recolha, armazenamento, utilização e transmissão dos seus dados pessoais sem

¹⁰⁷ COCCO, Magda e BARROS, Inês Antas de (2012) “Privacidade & Protecção de Dados”, in *flash informativo*, Vieira de Almeida & Associados, Disponível em [em linha] www.vda.pt, consultado em 10/10/2017.

restrições, sendo ainda um instrumento de protecção da intimidade/privacidade. Segundo o **Acórdão do STJ de 16-10-2014**, Processo 679/05.7 TAEVR.E2.S1 (Relator Helena Moniz)¹⁰⁸, o direito à auto-determinação informativa:

“[...] visa assegurar um direito a um controlo sobre os seus dados, impondo limitações quanto ao seu tratamento, acesso e divulgação (apenas sendo possível com o consentimento do titular dos dados ou após uma lei de autorização [ainda em falta no que concerne ao sistema de localização por via de GPS], assim cumprindo a exigência constitucional consagrada no preceito referido, [...] «flanqueia e alarga a tutela dos direitos fundamentais da liberdade do comportamento e da privacidade», nas palavras do tribunal constitucional alemão.”¹⁰⁹.

Igualmente o **Acórdão do TC nº 213/2008** (Processo nº 671/07) põe a tónica no designado direito à auto-determinação informacional, que se sobrepõe, de forma parcial e garantística à reserva da intimidade da vida privada. O TC, neste aresto, não rejeitou a inclusão dos dados obtidos pelo identificador “Via verde” em causa, no âmbito de dados pessoais em respeito da LPDP, tal como não questionou o regime restritivo (tal como plasmado no artigo 35º da CRP) de tratamento e acesso a tais dados. Mais: o TC não entendeu que aquele tipo de dados pessoais se enquadravam nos denominados dados sensíveis (artigo 35º, nº3), tal como não aceitou que existisse violação do artigo 18º, nº2 da CRP, porquanto entendeu o tribunal que :

“[A]s listagens em questão apenas permitem, para além do conhecimento da identidade do titular do identificador “VIA VERDE” o acesso às “passagens” do veículo automóvel x por determinada portagem de certa auto-estrada, mais concretamente às “horas” e “dias” a que ocorreram essas passagens. [...] a movimentação de uma pessoa [...] apesar de ocorrer em locais acessíveis a outras pessoas, é efectuada de forma tendencialmente anónima [...] mas isso não significa que o acesso a essas listagens, para fins probatórios em processo penal, se traduza numa inadmissível intromissão na vida privada do condutor do veículo em causa.”¹¹⁰.

O que de mais relevante rastreamos neste Acórdão é o facto de não julgar como inconstitucional a norma vertida no artigo 125º do CPP na interpretação segundo a qual

¹⁰⁸ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 31/12/2017.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Apud* NETO, Luísa, (2011): “Acórdãos do TC nºs 213/2008 e 486/2009: A prova numa sociedade transparente”, in *Revista Científica Nacional*, p. 323. Contudo, esta autora não acompanha na totalidade essa decisão proferida pelo TC, mesmo admitindo uma menor intensidade de tutela, mas considerando ter ocorrido uma restrição de direitos que “[...] deveria necessariamente passar pelo crivo do especial filtro exigido para os dados sensíveis, mormente o da necessária intervenção de um juiz.”. *Idem. Op. Cit.*, p. 324. Igualmente no que se refere ao Acórdão nº 486/2009 (Processo nº4/09), a mesma autora considera que: “[...] os dados da faturação detalhada e os dados da localização celular que fornecem a posição geográfica do equipamento móvel, na medida em que são tratados para permitir a transmissão das comunicações, se encontram abrangidos pela protecção constitucional conferida ao sigilo das telecomunicações.” *Idem. Op. Cit.*, p.329.

é permitida a admissão e valoração de provas documentais sobre a listagem de passagens de um veículo automóvel nas portagens das auto-estradas, registadas através do identificador de Via Verde, sem o consentimento do arguido e através de determinação do MP. Por outro lado, fica estipulado que a intensão de evitar a devassa à reserva da vida privada alheia não constitui um dever absoluto, até porque o artigo 18º da CRP torna admissível a restrição de certos direitos fundamentais, para proteger a defesa de outros igualmente escurados do ponto de vista legal. O que releva desta abertura insita nesse preceito constitucional é que as restrições devem limitar-se ao estritamente necessário para atingir os objectivos, ou seja, o respeito pela proporcionalidade entre meios legais restritivos e fins alcançados. Esse mesmo aspecto é acentuado no artigo 35º, n.º4 da CRP ao exigir que seja a lei (em falta no que ao GPS diz respeito) ao estabelecer as condições de acesso aos dados pessoais de terceiros, sendo ainda nessa norma constitucional que encontramos o requisito da excepcionalidade da derrogação da proibição de acesso a dados pessoais de terceiro e caso se incorra nesse excesso então resulta uma inconstitucionalidade material. Mais acrescenta este aresto que:

“Os artigos 125º e 126º, n.º3, do CPP não têm como escopo dirimir especificamente a questão do acesso excepcional a base de dados pessoais tal como nos é posto no artigo 35º, n.º4 da CRP, que por sua vez concretiza especialmente o estatuído em normas como os 17º, 18º, n.ºs1 a 3 e 32º, n.º8 da CRP.”¹¹¹.

Conclui este Acórdão que o acesso às listagens em questão, para fins probatórios em processo penal, não se traduz numa intolerável intromissão na vida privada do condutor do veículo em causa, até porque não se trata de uma intromissão abusiva e, além disso, o interesse público constitucional da realização da justiça penal legítima a afectação da privacidade em zonas distantes do seu núcleo mais íntimo:

“Ora, situando-se o tipo de intromissão *sub judicio* numa zona já afastada do núcleo mais íntimo da vida privada, justifica-se plenamente que prevaleça o interesse superior da obtenção da verdade material na realização da justiça penal, o que legitima o conhecimento e a valoração probatória judicial das mencionadas listagens, na se mostrando violados os direitos constitucionais consagrados nos artigos 35º, n.º4 e 32º, n.º8 da CRP.”.

Reconhece ainda o **TC no Acórdão 213/2008 de 5 de Maio** que o Ministério Público é idóneo para ordenar a apresentação das listagens das passagens do veículo

¹¹¹ Mais acrescenta o aresto que: “O interesse público constitucionalmente protegido na descoberta da verdade material, essencial à administração da justiça penal como pilar de um Estado de Direito, pode justificar a quebra da confidencialidade dos dados pessoais, desde que dela não resulte uma restrição intolerável dos direitos fundamentais do cidadão.”.

automóvel nas portagens das auto-estradas, mesmo sem intervenção judicial e desde que a entidade responsável pelo armazenamento dos dados não invoque sigilo profissional (182, nº1 do CPP) e a intervenção do juiz-garante justifica-se quando seja afectado o núcleo mais íntimo. Não obstante Paulo Sousa Mendes¹¹² considera que deve ser um juiz a decidir a realização da prática de actos instrutórios que possam restringir severamente direitos fundamentais, na sua posição de «juiz das liberdades».

Também o **Acórdão nº 486/2009, de 5 de Novembro do TC**¹¹³ revela bem a necessidade de “[...] limitar ao máximo a existência de espaços de discricionariedade [...] numa área de elevado risco de lesão grave dos direitos e liberdades dos cidadãos, enfatizando a exigência das leis restritivas do artigo 18º, nºs2 e 3 da CRP.”.

O TC neste aresto interpretou o direito fundamental à auto-determinação informacional (artigo 35º CRP) de modo a considerar que a admissão e valoração de provas documentais acerca de dados pessoais dos arguidos provenientes de uma base informatizada e disponibilizados pela empresa “VIAVERDE” para efeitos de investigação criminal não carecem de autorização judicial, abrindo-se a possibilidade de o MP demandar tais meios de prova, desde que o realizasse segundo o artigo 182º do CPP e não lhe fosse negado tal acesso por via da invocação do sigilo profissional. Veio ainda a considerar o TC que:

“[...] o artigo 187º, nº1 do CPP, ao permitir a intercepção e gravação das conversas ou comunicações telefónicas, permite também, inevitavelmente, o acesso a todos os dados de tráfego inerentes à concretização dessa técnica de ingerência nas telecomunicações, onde se incluem os dados da faturação detalhada cobertos pelo sigilo das telecomunicações e a localização celular. E sendo esses dados de tráfego apenas uma parte dos dados facultados pela realização de «escutas telefónicas», nada obstará, e até imporá a exigência que as técnicas de intromissão nas comunicações telefónicas se limitem à medida necessária para alcançar o objectivo de investigação criminal visado, que o acesso a esses dados de tráfego seja efectuado, dispensando a realização de uma «escuta telefónica» quando esta não se revele necessária aos fins da investigação.”.

¹¹² MENDES, Paulo de Sousa, (2004) “As proibições de prova no processo penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais* (org. MARIA FERNANDA PALMA), Coimbra: Almedina, p.139.

¹¹³ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 26/12/2017.

Não obstante a previsão constante do artigo 35º, nº3 da CRP de uma interdição absoluta do tratamento de dados sensíveis não deixa de permitir excepções a essa interdição através de consentimento expreso do titular¹¹⁴, tal como explicitámos.

2.1.4. O direito à confidencialidade e à integridade dos sistemas técnico-informacionais

Trata-se de um direito não consagrado de modo expreso na CRP, é um direito criado pelo BVerfG na sua sentença de 27/02/2008¹¹⁵, justamente para fazer face ao exponencial progresso tecnológico das sociedades contemporâneas e que:

“No fundo, se trata de uma concretização do direito geral de personalidade que tutela o interesse do utilizador de sistemas técnico-informacionais de que os dados obtidos, tratados e armazenados nesses sistemas se mantenham confidenciais e a integridade de tais sistemas seja preservada.”¹¹⁶.

É igualmente passível de restrição para garantia de outros direitos fundamentais e a sua principal teleologia é a de preencher lacunas na tutela de novos direitos fundamentais e bens jurídicos decorrentes de novas ameaças em virtude do progresso tecnológico e que impendem sobre a pessoa humana podendo ser lido à luz do artigo 26º, nº1 da CRP. A este propósito é particularmente relevante a interconexão de dados, isto é, a conexão simultânea e recíproca de diversa informação¹¹⁷. Segundo a LPDP a interconexão de dados pessoais não prevista em disposição legal está sujeita à

¹¹⁴ “O desenvolvimento dos meios tecnológicos e o crescente recurso a meios electrónicos que deixam «pegadas electrónicas» [...] tornam cada vez mais importantes as garantias contra o tratamento e a utilização abusiva de dados pessoais e informatizados [...] no seu conjunto, todo este feixe de direitos tende a densificar o moderno **direito à auto-determinação informacional**, dando a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em «simples objecto de informações» [...] A Constituição admite, porém, **excepções** a essa proibição, autorizando o legislador a definir os casos em que poder haver acesso de terceiros e interconexão de dados (nºs 2 e 4, *in fine*). Estas excepções constituem outras tantas restrições ao direito de controlo do registo informático sendo-lhes, por isso, aplicável o regime das *restrições* aos direitos, liberdades e garantias (artigo 18º); pelo que só podem ter lugar quando exigidos pela necessidade de defesa de direitos ou bens constitucionalmente protegidos (defesa da existência do Estado, combate à criminalidade, protecção dos direitos fundamentais de outrem, etc). As excepções constitucionais obrigam a uma leitura europeia de protecção de dados sendo aqui relevante o *Acordo Schengen* com o seu espaço de protecção e o seu sistema de informações.”. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, pp. 550-555.

¹¹⁵ Disponível em [em linha] <http://www.servat.unibe.ch/>, consultado em 03/01/2018.

¹¹⁶ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 139.

¹¹⁷ “O problema mais grave que a informática coloca na perspectiva das liberdades públicas reside na circunstância de que o processamento automático facilita a interconexão de ficheiros, de tal como que possibilita a criação de um banco de dados que sendo o somatório de informações dispersas em vários ficheiros, permite a construção de uma imagem total do indivíduo a que se referem”, BARREIROS, José António (1977) “*Informática, Liberdade e Privacidade*”, in *Estudos sobre a Constituição*, Vol.I. Lisboa: Petrony, p. 136.

autorização da CNPD; a interconexão de dados pessoais deverá ser adequada à prossecução das finalidades legais ou estatutárias de interesse legítimo dos responsáveis dos tratamentos; não implicar restrição dos direitos liberdades e garantias do titular dos dados; ser acautelada por medidas rigorosas de segurança e ter em conta um tipo de dados alvo de interconexão, nomeadamente os denominados dados sensíveis, o que tem percussões importantes, como veremos, nas relações laborais. Mais uma vez, o poder de restrição deste direito deve estar ao serviço de situações em que o interesse público ou valores mais elevados se sobreponham sem deixar de ter em conta os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade que essas limitações justificam, desde que cumpram estes requisitos, não vislumbramos como o sistema de localização por via GPS possa contender de forma abusiva com este direito fundamental, até porque não se trata de uma monitorização óptica e acústica, nem tampouco um sistema informático no domicílio do visado como seria por exemplo a instalação de um microfone ou de uma *webcam*. Da mesma forma não entendemos que o sistema de localização por via GPS faça perigar a personalidade.

2.1.5. O Direito à liberdade de movimento

Consigna o artigo 27º, nº1 da CRP que *todos têm direito à liberdade e à segurança*, sendo que o direito à liberdade engloba designadamente o direito à liberdade de movimentos. Contudo, o direito à liberdade não se afigura como um direito absoluto, admitindo restrições¹¹⁸. É neste âmbito que devemos perspectivar a utilização do GPS enquanto equipamento electrónico de vigilância e controlo, de maneira a percebermos o seu potencial grau de lesão ou restrição perante a possibilidade de obtenção de dados de localização através do sistema de posicionamento global. É verdade que este direito fundamental à liberdade de movimento pode ser parcialmente restringido com o uso do GPS como meio de obtenção de prova, se entendermos o direito que o artigo 27º CRP visa acautelar for entendido “[...] como liberdade de movimentos corpóreos, de «ir e vir», a liberdade ambulatória ou de locomoção.”¹¹⁹. Ora, a utilização do GPS para além

¹¹⁸ “[...] constituindo as restrições do direito à liberdade restrições a um direito fundamental integrante da categoria dos «direitos, liberdades e garantias», estão sujeitas às competentes regras do artigo 18º, nº2 e nº3, o que quer dizer, entre outras coisas, que só podem ser estabelecidas para proteger os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, devendo limitar-se ao necessário para os proteger.” CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 479.

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (coord.), (2010) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 638.

de não constituir, por natureza, uma privação da liberdade encarada como um confinamento físico a um certo espaço, igualmente também não constitui uma restrição tal que encerre uma qualquer modalidade de impedimento de deslocação de um lugar para o outro. Outro ponto de vista diverso é aquele que entende que a obtenção de dados sobre a localização por via da colocação de aparelhos de GPS no veículo da pessoa objecto de investigação, acarreta implicações no que concerne ao direito à liberdade de circulação, com base no facto de alguém, sabendo que existe a possibilidade de os seus movimentos estarem a ser constantemente controlados/vigiados, poderá exercer influência significativa na sua liberdade de deslocação¹²⁰. Neste sentido pronunciou-se Benjamim Silva Rodrigues, nos seguintes termos:

“[...] ainda que em níveis não muito elevados também estará em causa o problema de que, com o uso de tal método de investigação criminal, se contender com a liberdade de deambulação, em todo o território nacional, de forma anónima, já que tal se configura como essencial para a estruturação do *direito à intimidade pessoal e espacial do indivíduo*. O cidadão tem o direito ao esquecimento, por parte do Estado, perante todas as movimentações que ele efectue, em território nacional, fora de qualquer actividade ilícita ou criminosa. O Estado de Direito (e) Democrático Português não se compagina com um total controlo dos movimentos dos cidadãos, pois tal não poderia deixar de contender com a eminente dignidade da pessoa de cada um deles e, além disso, com o direito à liberdade deambulatoria e com o direito à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar, na sua vertente do «*direito a estar só e esquecido ou ignorado*» (artigos 1º, 18º, nº2, 25º e 26º, da CRP).”¹²¹.

Defende ainda este mesmo autor que a utilização do dispositivo electrónico-digital de GPS só poderá ocorrer em sede de uma criminalidade com uma especial gravidade e nunca no seio da *pequena criminalidade*¹²². No que à matéria laboral diz respeito, o **Acórdão do TRP de 05-12-2016**, Processo nº 20/14.8T8AVR.P1 (Relator Domingo Morais)¹²³ elenca algumas reservas no sentido de um uso abusivo ou desproporcionado do GPS poder incorrer num abuso do poder de controlo, despojando os trabalhadores dos seus direitos fundamentais, designadamente da privacidade, liberdade e dignidade dos trabalhadores:

¹²⁰ Cf. SEGURA, Filipa, Covacich (2013) *A questão da colocação de um receptor de GPS no veículo de um suspeito ou arguido como meio de obtenção de prova em Processo Penal*, Dissertação de Mestrado Forense, vertente Civil e Penal. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹²¹ RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p.92.

¹²² *Idem. Op. Cit.*, p. 93.

¹²³ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 20/12/2017. Na mesma linha segue o Acórdão do TRP de 22-04-2013, Processo nº 73/12.3TTVNF.P1 (Relator António José Ramos). Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 20/12/2017.

“Esta dimensão desumana do poder ao permitir um controlo potencialmente vexatório, contínuo e total, pode inclusivamente, comportar riscos para a saúde dos trabalhadores tanto físicos, como psíquicos, nomeadamente por saber ou sentir-se constantemente vigiado, o que pode provocar, *inter alia*, uma grande pressão psicológica que poderá conduzir a casos de assédio moral e doenças como depressões e stress.”¹²⁴.

Todavia, não podemos negligenciar o facto de a geolocalização através da utilização do GPS poder ser utilizada com a finalidade de protecção de pessoas e bens. Assim sendo, os dispositivos de geolocalização em caso de conflito de direitos, devem ter em conta a necessidade de limitar ao necessário as restrições para garantir outros direitos ou interesses fundamentais, em consonância com o princípio da proporcionalidade, até porque a colocação do receptor GPS recai, geralmente, sobre suspeitos (sobre os quais já poderá haver, eventualmente, uma fundada suspeita, segundo o artigo 58º e 59º do CPP) e não arguidos, o que implica que a sua utilização deverá ser mais acautelada. Neste sentido corroboramos, mais uma vez, que uma regulamentação autónoma, relativamente ao sistema de geolocalização por via de GPS, seria essencial. Ainda assim, defendemos que a colocação de um receptor de GPS no veículo de um suspeito (ou até de um arguido) enquanto meio de obtenção de prova não é suficiente para afectar o núcleo essencial deste direito fundamental à liberdade de movimento, conquanto, em tese, poderá configurar uma restrição a esse direito fundamental e é por essa razão que a sua admissibilidade carece de previsão legal e na falta desta - que é o ponto em que estamos em termos de legislação - , há então de proceder a um juízo de proporcionalidade, adequação e necessidade. Por outro lado, o artigo 26º da CRP postula um *Direito ao segredo do ser*¹²⁵, o qual inclui nomeadamente o direito a praticar actividades da esfera íntima sem videovigilância, no entanto inexistente qualquer princípio ou regra constitucional a dar arrimo a este segredo, pois é preciso ter em conta a necessidade de concordância prática com outros interesses, como sejam: o combate à criminalidade organizada, o combate à corrupção e tráfico de influências, o combate à fraude fiscal, o combate ao branqueamento de capitais ou ainda o combate ao financiamento do terrorismo¹²⁶. Igualmente não podemos negligenciar que o artigo 27º nº1 da CRP garante, ao mesmo tempo, o direito à liberdade e o direito à segurança e que a utilização do equipamento de GPS é lícita quando tenha por finalidade a protecção e

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 468.

¹²⁶ *Idem. Op. Cit.*, p. 469.

segurança de pessoas e bens ou quando específicas exigências atinentes à natureza da actividade o justifiquem e desde que não viole de forma intolerável direitos fundamentais e seja precedido de uma ponderação casuística face aos interesses e valores em jogo, assim como aos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

2.2. Discussão dos argumentos que inviabilizam a admissibilidade da obtenção de dados por métodos ocultos, em especial o da geolocalização: até que ponto este método se inclui no modelo orwelliano de Sociedade?

2.2.1. Em que medida o sistema de localização por meio de GPS faz parte de uma sociedade de vigilância total?

Paulo Otero considera o modelo orwelliano de sociedade como um corolário de uma democracia totalitária que ameaça a sociedade do século XXI. Encontra como razão principal desse modelo a proliferação imparável dos progressos tecnológicos em diversos domínios, dando como exemplo o audiovisual que encerra em si a génese de potenciais conflitos pela susceptibilidade de ferir o direito à imagem de quem a viu captada sem a sua autorização ou mesmo envolver uma lesão do direito à privacidade/intimidade em virtude do potencial de devassa que tais registos podem comportar¹²⁷. Do ponto de vista deste autor assistimos ao desenvolvimento e difusão de uma cultura de vigilância que faz de todos nós suspeitos, numa linha reflexiva que remonta a Bentham e desenvolvida por Michel Foucault e ainda por Gilles Deleuze ao traduzir o panóptismo numa sociedade de controle como substitutas das sociedades disciplinares. Esse controlo surge metaforicamente como o novo Leviatã (de Hobbes) do século XXI e que já Foucault reconhecia como o nosso futuro próximo. Trata-se, pois, de uma sociedade híper-securitária marcada pelo confinamento¹²⁸. Outro dos corolários deste horizonte de onnipresença de um *Big Brother* (na linha de George

¹²⁷ “O progresso tecnológico provoca aqui, por consequência, uma restrição do espaço de liberdade de cada um, gerando conflitos entre a garantia de todos contra a invasão da sua privacidade pela simples captação ou utilização por terceiros da respectiva imagem ou de informações pessoais sem a sua autorização e, por outro lado, a tutela de outros valores do ordenamento jurídico.” OTERO, Paulo (2001) *A Democracia Totalitária. Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Cascais: Princípiã, p. 190.

¹²⁸ “Os confinamentos são moldes, distintas moldagens, mas os controlos são uma modelação, como uma moldagem auto-deformante que mudasse continuamente, a cada instante, ou como uma peneira cujas malhas mudassem de um ponto a outro.” DELEUZE, G. (1992) *Post-Scriptum sobre as sociedades de controle*, disponível em [em linha] http://www.portalgens.com.br/filosofia/textos/sociedades_de_controle_deleuze.pdf, consultado em 16/12/2017, p. 2.

Orwell, *Mil Novecentos e Oitenta e Quatro*), é a criação de um perverso princípio geral de suspeição sobre cada membro da sociedade, aniquilando a própria presunção de inocência num quadro de controlo pleno ou de vigilância total¹²⁹. Ora, do nosso ponto de vista o direito penal não visa, de modo nenhum, aniquilar a liberdade, antes como propõe Hassemer¹³⁰ é necessária “Uma liberdade em segurança [...] a segurança da liberdade é o direito penal”¹³¹. Mesmo considerando a ameaça do terrorismo e do aumento da sofisticação da criminalidade organizada, e ainda que possa ser compreensível do ponto de vista de uma comunidade amedrontada, assiste-se a uma “inflamação de direitos”¹³² em que a população anseia um reforço dos mecanismos repressores, de um Estado capaz de responder à repressão e assegurar a prevenção deste tipo de ameaças. Todavia, os direitos fundamentais não podem sucumbir pela presença de um “olho electrónico a todos fiscalizando”¹³³. Por conseguinte, o direito processual penal não pode ceder à tentação de uma absolutização do valor da segurança face à liberdade; não pode ceder na utilização de métodos e dispositivos ao serviço de um sistema de vigilância total; não pode ceder a uma cultura de sujeição institucionalizada de todas as pessoas a um qualquer mecanismo de controlo electrónico-digital¹³⁴. Tal como o entendemos, o sistema de localização por via de GPS não faz parte de um catálogo repressor que visa instituir uma sociedade de vigilância total e, além disso, não podemos escamotear que a investigação criminal tem novos desafios que lhe exigem respostas mais eficazes e operacionais e é nesse contexto que integramos as virtualidades dos sistemas de localização GPS, cujo potencial de danosidade social é muito menor do que os sistemas de videovigilância¹³⁵, das escutas telefónicas ou ainda

¹²⁹ “[...] cada passo, cada palavra ou mesmo cada expressão passam a ficar registados, permitindo uma constante vigilância num cenário de onnipresença de um *Big Brother*”. OTERO, Paulo (2001) *A Democracia Totalitária. Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influencia do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Cascais: Princípia, p. 191.

¹³⁰ HASSEMER, W. (2004) “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (Coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, p.18.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² RODRIGUEZ, L. Z. (2001) *Política Criminal*. Madrid: Editora Colex.

¹³³ JÚNIOR, João Bosco Araújo Fontes, *apud* OTERO, Paulo (2001) *A Democracia Totalitária. Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influencia do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Cascais: Princípia, p. 191.

¹³⁴ “Existe [...] o risco de se desenvolver um totalitarismo em sentido vertical, protagonizado pelo Estado: recorrendo a toda a panóplia de meios que as novas tecnologias possibilitam em termos de controlo electrónico das pessoas, o Estado encontra-se hoje habilitado a implementar uma política repressiva sem limites e sem paralelo histórico.”. *Idem. Op. Cit.*, p. 193.

¹³⁵ Acerca desta, sublinhamos a seguinte reflexão: “A insegurança geral (ou ao menos a sincera sensação dela) compele as pessoas a não hesitarem no âmbito de uma horizontalização do controlo] quando postas sob o dilema entre o horizonte de maior prevenção de delitos e a perspectiva de menor privacidade individual. A liberdade individual acaba sufocada por um estado de necessidade colectivo forjador de uma retrógrada presunção de culpa. Aqui com muito mais vigor, sente-se a presença de um Estado com

da autorização de permanente monitorização dos veículos dos cidadãos portugueses com a colocação de dispositivos amovíveis de GPS sem que exista qualquer suspeita de cometimento de factos ilícitos-típicos criminais, o que não se contém dentro dos parâmetros constitucionais da proporcionalidade, necessidade, adequação e subsidiariedade “[...] que timbram a abertura constitucional à admissibilidade do uso dos gravosos métodos (ocultos ou claros) de investigação criminal que contendem com direitos fundamentais, por força do disposto no artigo 18º, nºs 2 e 3 da CRP.”¹³⁶. Assim, seria desproporcionado qualificar este método de investigação criminal como um dos ingredientes do chamado Estado leviatânico porquanto, ele não pode estar ao serviço de uma vigilância contínua. Também Costa Andrade alerta para o perigo da tendência emergente ao nível da nova legislação processual penal para a *policialização da investigação*¹³⁷. Na mesma linha, António De Souza Júnior, reflecte sobre a questão de saber se “Será o Estado pós-moderno um Estado neo-policial?”¹³⁸, considerando as novas versões do panóptico como sequência dos recentes avanços alcançados ao nível tecnológico, considerando que mesmo com as restrições na hipótese de tratamento de dados sensíveis, a zona da intimidade individual continua devassável¹³⁹, embora destacando o contributo importante da CNPD.

A CNPD preocupada com a sociedade de controlo tem alertado para os abusos securitários que se quer impor de maneira a vigiar, por antecipação e de modo generalizado, a totalidade dos cidadãos, sobretudo nos pós 11 de setembro que

tendências extremamente controladoras, remetendo-nos, mais uma vez, aos tempos do absolutismo ou mesmo a vestígios nítidos de um totalitarismo que se julgava subterrado pelas mãos da história.”. JÚNIOR, António Humberto de Souza (2003) “Será o Estado pós-moderno um Estado neo-policial? In *Estudos de Direito de Polícia. Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002* [Regência: Jorge Miranda]. Lisboa AAFDL, p. 543. Este autor dá o exemplo da Lei Orgânica Nº 4/2007 de Espanha que exige autorização previa de determinados órgãos locais para a instalação de aparelhos de videovigilância, mesmo por agentes do Estado.

¹³⁶ RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p. 94.

¹³⁷ ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p. 529. Esclarecendo este autor: “Ou seja, o alargamento de espaços de actuação da polícia criminal – nacional ou supra-nacional – fora de um controlo efectivo da autoridade judiciária e, particularmente, do juiz de instrução. Na certeza comprovada de que o *output* do labor da polícia se converte em premissa decisiva da acção do tribunal.”. *Ibidem*. E mais adiante enfatiza, como próxima daquela tendência a de “[...] confiar sectores cada vez mais alargados de investigação criminal a formas de «administração indirecta». Ou como outros preferem, a tendência para a *privatização da recolha estadual de informação*.”. *Ibidem*.

¹³⁸ JÚNIOR, António Humberto de Souza (2003) “Será o Estado pós-moderno um Estado neo-policial? In *Estudos de Direito de Polícia. Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002* [Regência: Jorge Miranda]. Lisboa AAFDL, pp. 493- 595.

¹³⁹ *Idem. Op. Cit.*, p. 542.

pressionou muita da actividade legislativa no sentido de restringir liberdades e direitos fundamentais. Assim, do ponto de vista de Deleuze são as sociedades de controlo que estão a substituir as sociedades disciplinares/panópticas e o controlo é o nome que Burroughs propôs para a designação do novo monstro (que poderíamos chamar hobbesiano)¹⁴⁰.

Com efeito, as virtualidades do sistema de localização por meio de GPS, que defendemos, têm de estar devidamente balizadas e daí que a falta de legislação sobre esta matéria se torne numa lacuna muito relevante, pois a ela caberia o traçar de limites, porquanto não assistimos a uma necessidade social imperativa que seja justificadora de medidas restritivas e altamente intrusivas que se visem aplicar por tempo indeterminado à generalidade das pessoas. Por isso mesmo, o dever de comunicação deveria estar dependente de uma autorização judicial (prévia ou posteriormente confirmada), já que tal necessidade poderia contribuir em muito para efeitos de prevenção criminal e não apenas para efeitos de investigação criminal¹⁴¹. Não obstante os perigos adstritos à permissão do acesso a dados pessoais, e que ficam bastante intensificados na falta de uma autorização judicial, ou mesmo quando esse acesso é feito sem necessidade de existência de um processo ou de uma suspeita, incorre-se no perigo da violação do princípio do consentimento assim como da teleologia do tratamento de dados pessoais. Todavia, não podemos negligenciar o flagelo da criminalidade organizada a qual, pela danosidade social que acarreta, deve, do nosso ponto de vista, ser inclusivamente alargada e que os métodos ocultos assumem uma importância ainda mais decisiva para dar resposta a esse problema candente na sociedade contemporânea, pelo que partilhamos da posição de Duarte Nunes segundo a qual: “[...] não vemos qualquer obstáculo à utilização no processos penal de dados de localização e identificação das pessoas e bens obtidos na prevenção criminal.”¹⁴².

¹⁴⁰ DELEUZE, G. *Op. Cit.*, p.2 Acrescenta o filósofo que: “Nas sociedades de controle, o essencial não é mais do que uma assinatura e nem um número, mas uma cifra: a cifra é uma senha, ao passo que as sociedades disciplinares são reguladas por palavras de ordem (tanto do ponto de vista da integração quanto da resistência. [...] os indivíduos tornaram-se «dividuais», divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou «bancos».”. *Op. Cit.*, p.3.

¹⁴¹ Na mesma linha, Duarte Nunes considera que: “[...] será possível obter dados de localização através do sistema de GPS ou sistemas análogos em matéria de prevenção criminal sempre que se trate de crimes da competência da PJ.”. NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 478.

¹⁴² *Idem. Op. Cit.*, p.479.

Embora seja esta uma matéria em aberto e que exige uma aturada reflexão da parte do legislador, do intérprete e do aplicador do direito, não pode, no entanto, tolher, por excesso de pessimismo¹⁴³, as vantagens decorrentes dos avanços tecnológicos, os quais abrem novas perspectivas em benefício da colectividade. Daí que subscrevamos a seguinte conclusão, com um sinal de esperança, extraída por António Souza Júnior. Esperança de que:

“[...] a densificação e transparência da noção de interesse público, o controlo democrático (inclusive pela actuação dos tribunais) [por essa mesma razão no tópico atinente às entidades competentes para a autorização deste método oculto de investigação, defendemos que ele não pode ser deixado ao arbítrio da polícia, antes deve ser legitimado por decisão ou do MP ou do JIC] das novas tecnologias empregadas pela Administração e a atenção ao princípio da proporcionalidade, lançado ao centro da ribalta constitucional e administrativa, possam operar a desejável inversão teleológica da função da polícia como actividade abragentemente dedicada ao homem e à salvaguarda dos seus direitos fundamentais e não mais a serviço, ao menos prioritariamente do Estado.”¹⁴⁴.

É neste contexto que devemos entender esta reflexão crítica:

“A «morte da privacidade» deve, assim, ser reinventada para reclamar antes a transparência dos procedimentos de restrição de direitos [daí que defendamos uma legislação autónoma para regulamentar a utilização do GPS como método oculto de obtenção de prova], num modelo sempre centrado no teste triplo da proporcionalidade – necessidade, adequação e proibição do excesso -, que parece simplista, mas que é, ao invés, exigente e clarificador.”¹⁴⁵.

Capítulo III: A admissibilidade da localização por via do sistema GPS como meio oculto de prova à luz dos princípios processuais penais

¹⁴³ Essa tónica pessimista está presente no seguinte entendimento: “Novas são também as representações e as expectativas colectivas que tendem a alinhar pelas preocupações e pelas acções dos detentores do poder e a legitimar-lhe o discurso e a acção. Tudo permite acreditar que as sociedades e particularmente as sociedades ocidentais se disporão a abrir mão da *Rechtskultur* que preside ao processo penal liberal em troca de uma mais consistente *Sicherheitskultur*. Como se, noutros termos, tivessem dispostas a outorgar um novo *contrato social* para reequilibrar a balança em desfavor das margens de liberdade reconhecida e reservada ao indivíduo.”. ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p. 531. Mais adianta este autor, citando Bernsmann/Jansen que poderemos estar diante de uma capitulação no campo do processo penal com a inclusão dos métodos ocultos de investigação: “«O Estado liberal perdeu uma batalha importante, decisiva».”. *Ibidem*. Ademais, o autor aponta o perigo de uma massificação decorrente da generalização das práticas associadas a formas clandestinas de investigação.

¹⁴⁴ JÚNIOR, António Humberto de Souza (2003) “Será o Estado pós-moderno um Estado neo-policial? In *Estudos de Direito de Polícia. Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002* [Regência: Jorge Miranda]. Lisboa AAFDL, p.547.

¹⁴⁵ NETO, Luísa, (2011): “Acórdãos do TC n.ºs 213/2008 e 486/2009: A prova numa sociedade transparente”, in *Revista Científica Nacional*, p. 343.

3.1. Princípio da investigação ou da verdade material

Trata-se de um dos princípios fundamentais do Processo Penal (artigo 340º do CPP), opondo-se ao princípio do dispositivo, segundo o qual o Tribunal deverá, abstraindo-se do contributo probatório carreado pelos restantes sujeitos processuais, proceder à investigação dos factos sujeitos a julgamento, de modo a aplicar o direito penal, independentemente das pretensões dos vários intervenientes. Segundo Figueiredo Dias é “[...] o poder-dever que ao Tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o «facto» sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão.”¹⁴⁶. De acordo com Paulo de Sousa Mendes o princípio da investigação constitui um corolário do próprio princípio da verdade material¹⁴⁷. Para que este princípio se materialize é preciso conceder às entidades competentes para investigar a prática de crimes os meios adequados que lhes permitam a descoberta da verdade material. Resulta do artigo 340º, nº1 do CPP que o Tribunal pode ordenar, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe revele necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. Concordamos com a posição de Miguel Teixeira de Sousa, segundo a qual o juiz tem um dever de investigação autónoma da verdade¹⁴⁸. Acompanhamos ainda o entendimento de Duarte Nunes no seguinte ponto de vista:

“[...] não que se possa defender a licitude das actuações subsumíveis à previsão do artigo 126º, mas também não poderá tolerar-se limitações tais à descoberta da verdade material que levem a que o tribunal se veja na contingência de ter de prolatar uma sentença assente numa base factual totalmente desconforme com a verdade material (quer daí resulte a condenação ou absolvição do arguido). Daí a especial necessidade de que a «verdade processualmente válida» se aproxime o mais possível da verdade material.”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *Apud*, MENDES, Paulo de Sousa (2013) *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, p. 204.

¹⁴⁷ *Idem. Op. Cit.*, p. 205. E mais acrescenta este autor que “[...] o tribunal intervém activamente na busca da verdade material, não se limitando simplesmente a sopesar a versão onerada contra a versão privilegiada. Assim, o Tribunal ordena oficiosamente a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa [...]”. *Idem. Op. Cit.*, p. 218.

¹⁴⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de (1997) *Estudos sobre o novo Processo Civil*, 2º ed., Lisboa: Lex, p. 323.

¹⁴⁹ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 116. Mais acrescenta este autor que tal “[...] é facilmente visível ao nível dos métodos «ocultos», dado que, se formos demasiado restritivos no tocante à sua admissibilidade em matéria de criminalidade organizada, corremos sérios riscos de a actuação das autoridades ser ineficaz, permitindo que tais criminosos atuem na mais absoluta impunidade.” *Ibidem*.

Como salientámos *supra*, o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada não constitui um direito absoluto, podendo ser restringido em detrimento de outros valores igualmente credores de tutela constitucional, como é o caso da descoberta da verdade material e da realização da justiça, enquanto objectivos nucleares do processo penal. Tal não significa que em nome dessa descoberta da verdade material se possa enveredar por uma intrusão excessiva e intolerável, já que nem todos os meios justificam os fins e, como já frisámos, o princípio da proporcionalidade deve estar sempre presente como princípio equilibrante dos direitos fundamentais conflituantes. Assim sendo, o que rejeitamos é a ideia de uma protecção radical, absolutista, dos direitos fundamentais, porquanto ela disseminaria escolhos intransponíveis à descoberta da verdade material. É aqui que se coloca a questão de saber se os métodos ocultos representam ou não uma alteração de paradigma do garantismo em favor de um novo paradigma de “eficácia quase a todo o custo?”¹⁵⁰. Respondemos negativamente a esta questão, porquanto tais métodos ocultos, entre os quais se inclui o sistema de localização por via de GPS, não podem ser, desde logo, contrários ao princípio da proporcionalidade e em termos de realização da justiça e da descoberta da verdade material podem inclusive ser os mais idóneos para a sua concretização, ou seja sem o recurso a tais meios poderia ocorrer a impunidade de certos crimes cujo expoente máximo é o crime organizado. Daí que perfilhemos a seguinte posição:

“[...] a utilização de métodos «ocultos» não constitui a perda de uma «*importante, provavelmente decisiva batalha*» por parte do Estado Liberal de Direito, mas sim a utilização de instrumentos essenciais para que o Estado de Direito e os seus cidadãos não percam uma «*importante, provavelmente decisiva batalha*» contra o crime organizado.”¹⁵¹.

Ademais, a eficácia da justiça penal constitui um pressuposto basilar do Estado de Direito, especialmente no que ao sistema de localização por via GPS diz respeito, como vimos antes, trata-se de um meio de obtenção de prova cujo grau de ingerência na reserva da intimidade da vida privada e demais princípios constitucionais constitui o suporte fundamental para a sua admissibilidade. Acresce que o direito à reserva da intimidade da vida privada pode ser objecto de restrição se esta se situar num plano já afastado do núcleo essencial daquele direito (e por isso respeitando os limites materiais), ou seja, do núcleo mais íntimo da vida humana. Por outro lado, o legislador não estabeleceu expressamente a nulidade de provas obtidas por meio do sistema de

¹⁵⁰ *Idem. Op. Cit.*, p. 266.

¹⁵¹ *Ibidem.*

localização por via de GPS, porventura por ter considerado que ele não acarretaria uma abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações. Segundo o artigo 32º, nº4 da CRP (*Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais*)¹⁵². Além disso, discordamos da orientação de Paulo Pinto de Albuquerque, para quem o GPS é um dos meios de prova que permite uma *vigilância total*¹⁵³.

3.2. Princípio da presunção de inocência

3.2.1. Como conciliar a presunção de inocência com os métodos ocultos de investigação criminal e em especial com o da geolocalização?

O princípio da presunção da inocência como fundamental em sede de processo penal encontra-se consagrado no artigo 32º, nº2 da CRP (*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado de sentença de condenação [...]*), traduzindo a ideia de que o arguido é presumido inocente até ao trânsito em julgado da decisão condenatória¹⁵⁴. Com efeito, a presunção de inocência tem subjacente a ideia da existência de um processo penal eficaz e adequado à descoberta da verdade material. Um dos corolários que mais releva para o nosso objecto de estudo é o princípio *in dubio pro reo*¹⁵⁵, ou seja, quando existam dúvidas fundadas sobre a culpabilidade do arguido, deverá este ser absolvido, não pronunciado ou deve o processo ser arquivado pelo MP.

¹⁵² “Os interesses do Processo Penal encontram limites na dignidade humana (artigo 1º) e nos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático (artigo 2º), não podendo, portanto, valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos. [...] a interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal [o que não acontece com o sistema de localização por via GPS] e, relativa, nos restantes casos, devendo ter-se por *abusiva* a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (artigo 34º, nºs 2 e 4), quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos (artigo 18º, nº2 e nº3).”. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 525.

¹⁵³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2009) *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica, p. 232.

¹⁵⁴ Todavia importa destacar o seguinte entendimento: “Considera em todo o seu rigor verbal, o princípio poderia levar à própria proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal, em si mesma) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (o que equivaleria à impossibilidade de valorização das provas e aplicação e interpretação das normas criminais pelo juiz).”. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 518.

¹⁵⁵ “O princípio *in dubio pro reo* significa que a dúvida sobre os pressupostos de facto da decisão a proferir deve ser valorada a favor da pessoa visada pelo processo. [...] o princípio só diz respeito à prova da questão-de-facto. Quanto à questão-de-direito, prevalece a interpretação que for julgada a mais correcta.”. MENDES, Paulo de Sousa (2013) *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, p.222.

Ora, a utilização de certos métodos ocultos tem como pressuposto a existência de suspeitas fundadas sendo de atender à destrição feita pelo TEDH entre decisões “não finais” que traduzam um sentimento de que o visado é culpado e as decisões que apenas descrevem um *Estado de suspeita*, porquanto aquelas violam a presunção da inocência, ao contrário destas¹⁵⁶. Daqui decorre que a utilização de métodos ocultos não pode ficar cativa da presunção de inocência, resultando antes as limitações ao uso desses métodos da protecção dos direitos fundamentais afectados e ainda dos padrões do princípio da proporcionalidade, caso em que a utilização de tais métodos ocultos não viola a presunção de inocência. Além disso, a utilização de tais métodos ocorre, não raro, ao nível da investigação pro-activa, isto é, num momento anterior à prática do crime ou do conhecimento da sua prática, de modo a obter-se uma *notitia criminis*, isto é, informações, facilitadoras da investigação de crimes que venham a ser cometidos, ou de modo a evitar o cometimento de delitos já planeados ou ainda mitigar os seus efeitos para as vítimas, ao contrário do que sucede com a investigação reactiva:

“Quanto à qualidade das informações que determinam a sua realização, a investigação pro-activa inicia-se na sequência do surgimento de uma suspeita fundada de que poderá eventualmente ter sido ou estar a ser ou em vias de ser cometido um crime, ao passo que a investigação reactiva se inicia na sequência de terem chegado ao conhecimento do MP informações *concretas* de que terá sido cometido um crime [...]”¹⁵⁷.

A nosso ver, o sistema de localização por via de GPS enquadra-se ao nível da investigação pro-activa, já que permite a recolha de informações com base numa suspeita razoável de poderem ter sido ou virem a ser cometidos crimes de que ainda não exista *notitia criminis*. Deste modo, a utilização deste método materializa-se, sobremaneira, nas acções de prevenção criminal¹⁵⁸, pelo que, defendemos, a presunção de inocência não pode constituir uma barreira que impeça a adopção de medidas processuais de natureza investigatória, isto no âmbito das antes referidas situações configuradoras de um *Estado de suspeita*, que não é sobreponível com um sentimento

¹⁵⁶ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp 148- 149.

¹⁵⁷ *Idem. Op. Cit.*, p. 151.

¹⁵⁸ Por isso mesmo acompanhamos a seguinte orientação: “ A investigação pro-activa é extremamente relevante para responder a formas de criminalidade caracterizadas pela sua opacidade, como a criminalidade organizada, a criminalidade económica e os «crimes sem vítima», não sendo possível uma actuação eficiente das autoridades na resposta à criminalidade organizada que não se preocupe com a vertente pré-delituosa, pelo que a prevenção criminal é essencial para evitar o sofrimento causado pelo crime (possuindo, neste aspecto, claras vantagens face à repressão criminal.”. *Idem. Op. Cit.*, pp-152-153.

de que o visado é culpado no que concerne às decisões não finais. Assim, a utilização do sistema de localização por via GPS vem ao encontro de um Estado que não se demite do dever de protecção de direitos fundamentais dos cidadãos contra ameaças e não desrespeita o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da insuficiência. Por conseguinte, encaramos o sistema de geolocalização como um dos instrumentos idóneos a responder com eficácia à criminalidade, podendo mesmo ser mais eficaz do que uma investigação apenas reactiva e, face aos argumentos aduzidos, consideramos que integrado na investigação pro-activa o mecanismo de GPS não viola o princípio da presunção da inocência.

3.3. Princípio da exigência do processo equitativo e de garantia de todos os meios de defesa

3.3.1. Em que medida a localização por via de GPS colide com o princípio da lealdade processual?

O princípio da exigência do processo equitativo implica, desde logo, a posição processual do arguido e do juiz, bem como a lealdade processual que Germano Marques da Silva desdobra em três requisitos: informação detalhada ao acusado sobre a natureza e motivos da acusação; procedimento leal sem interferências externas na formação do juízo e um juiz imparcial¹⁵⁹. Dito de outro modo, a lealdade processual implica o reconhecimento ao acusador e ao acusado de uma posição de igualdade material, o que se liga ao direito ao contraditório e ainda ao princípio da igualdade de armas. Este princípio alicerçado na boa-fé processual proíbe a aquisição e produção de prova adquirida de forma desleal (artigos 32º, nº8 da CRP e artigo 126º do CPP). Com efeito, o artigo 126º nºs 1 a 3 prevê um conjunto de situações que, quando ocorram, impedem a valoração de provas que hajam sido obtidas desse modo. Fazendo um contraponto entre o sistema de localização por via GPS e o do agente encoberto, verificamos que neste último caso poderemos estar perante uma incompatibilidade com este princípio em análise, ainda que tal possa ser suprido se as autoridades que utilizam tais meios de investigação respeitarem a lei, pese embora que tal mecanismo de investigação criminal envolva inevitavelmente um certo grau de engano¹⁶⁰. Contudo, o sistema de

¹⁵⁹ SILVA, Germano Marques da (2008), *Curso de Processo Penal I*, 5ª ed., Lisboa, Editorial Verbo, p. 69.

¹⁶⁰ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 155.

geolocalização, em nome da eficácia, ao não contemplar o consentimento daqueles que são controlados por este mecanismo, também poderia suscitar a questão de saber se não violaria o princípio da lealdade processual. Todavia, pensamos, que não podemos encarar a liberdade processual de uma forma rígida, ou seja, ela não pode ser vista como um escolho às diligências investigatória, pois se a vislumbrarmos como uma exigência de uma total transparência e cognoscibilidade por parte dos visados ficará em risco a eficácia da justiça penal, igualmente com respaldo na CRP. Em consequência, por não considerarmos que o sistema de localização por via GPS se pauta pelo mero engano então tendemos a defender que, em nome da eficácia da justiça penal para a qual este instrumento contribui, ele não viola o princípio da lealdade processual.

3.4. Princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é a principal dimensão do ideário de um processo justo e equitativo. Segundo este princípio ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua auto-incriminação¹⁶¹. Sobre este princípio emergiram duas orientações fundamentais: a tese substantiva, sobretudo defendida pela doutrina alemã maioritária, segundo a qual o fundamento do *nemo tenetur ipsum accusare* integra o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade e a tese processualista que considera o *nemo tenetur* arrimado nas garantias reconhecidas ao arguido no processo penal, tese que foi acolhida unanimemente pela doutrina portuguesa. Um dos fundamentos invocados por Duarte Nunes para aderir à tese processualista é o facto de não fundamentando o *nemo tenetur* (que não é absoluto) no princípio da dignidade da pessoa humana (que lhe daria um cariz absoluto), se integra nas garantias processuais, o que faculta a introdução de limites ao *nemo tenetur*, no quadro do princípio da exigência do processo equitativo e de garantia dos meios de defesa. Pensando no modelo de localização por via do sistema GPS, interditá-lo em nome do *nemo tenetur ipsum accusare* seria, cremos, conceder ao

¹⁶¹ “O direito de não facultar provas auto-incriminatórias não tem consagração expressa no CPP, mas resulta da vontade do indagado em manter o silêncio. Também este não é um direito absoluto. Por exemplo, a sujeição a exames (artigo 172º) é, claramente, uma restrição ao direito de não facultar provas contra si próprio, mas as restrições carecem sempre de previsão legal.”. MENDES, Paulo de Sousa, (2004) “As proibições de prova no Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (org. Maria Fernanda Palma). Coimbra: Almedina, p. 210. Mais adiante, considera o mesmo autor: “[...] a análise da jurisprudência do TEDH autoriza, pelo menos, a conclusão de que o direito de não contribuir para a sua própria incriminação não é um direito absoluto, mas admite ponderações e restrições no confronto com outros interesses juridicamente tutelados, desde que se garanta a preservação do núcleo essencial daquele direito.”, *Idem. Op. Cit.*, p. 216.

arguido um direito a criar uma barreira à realização de diligências probatórias, pelo que este princípio não impede que o arguido se submeta, entre outros, à realização de exames ou perícias com incidência sobre o seu corpo ou bens ou mesmo a identificação de um suspeito de cometimento de um crime perpetrado ou a perpetrar, ou seja, não poderá o arguido impedir que sejam valoradas provas existentes mesmo que independentemente da sua vontade e decorrentes de proibições probatórias suas como sejam as provas obtidas mediante a geolocalização.

3.5. Princípio da legalidade da prova

A legalidade da prova tem sofrido mudanças significativas, na medida em que a realidade criminal hodierna progride de forma mais célere do que a actividade dos legisladores e, além disso, os instrumentos tradicionais na obtenção da prova já não conseguem dar uma resposta eficaz, daí surgirem novas estratégias como por exemplo a da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, que veio regular as acções encobertas para fins de prevenção em investigação criminal, como é o caso dos agentes infiltrados.

O princípio da legalidade da prova¹⁶² na base da admissibilidade da prova em processo penal remete-nos para o artigo 125º do CPP, segundo o qual são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei, afirmando-se, assim, a não taxatividade¹⁶³ dos meios de prova. Se relativamente aos meios de prova (artigos 128º a 170º CPP) o preceito não coloca grandes dificuldades, já quanto aos meios de obtenção de prova (artigos 171º a 190º CPP), a questão torna-se mais complexa, porquanto alguns deles – o que não é o caso do sistema de localização por via GPS – implicam um elevado grau de intrusão na privacidade dos visados, acarretando restrições a direitos fundamentais (as quais, no caso da geolocalização, se configuram com uma intensidade reduzida). O facto do princípio da legalidade da prova ser aplicável aos meios de obtenção de prova incluindo os atípicos, não colide com a reserva de lei consagrada nos

¹⁶² “O princípio da legalidade significa que a actividade investigatória se desenvolve sob o signo da estrita vinculação à lei e não segundo considerações de conveniência de qualquer ordem, políticas ou económicas e financeiras.” *Idem. Op. Cit.*, p. 205.

¹⁶³ “[...] no que diz respeito à definição legal dos meios de prova admissíveis – não um catálogo fechado ou taxativo, antes um sistema aberto que admite a utilização de formas probatórias não previstas, desde que idóneas à verificação do *thema probandum* e não expressamente proibidas pelo legislador: meios de prova inominados ou, na formulação mais corrente, *provas atípicas* SEIÇA, Alberto Medina de (2003) – “Legalidade da Prova e Reconhecimentos “atípicos” em Processo Penal: Notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Org. por Manuel da Costa Andrade. Coimbra Editora, p. 1407.

artigos 18º, nº2 da CRP e artigo 8º, nº2 da CEDH, salvo quando restrinjam de maneira intolerável direitos fundamentais, ainda que:

“[...] diversos autores e alguma jurisprudência consideram que a utilização de meios de obtenção de prova que impliquem um «elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito» ou constituam um «potencial aditivo de perigo inerente ao ataque aos direitos fundamentais» terá de ser permitida por lei expressa nesse sentido, salvo se o visado prestar consentimento.”¹⁶⁴.

Deixamos para o tópico seguinte uma análise aprofundada do princípio da legalidade da prova tal como ele se encontra previsto no artigo 125º CPP.

3.6. A admissibilidade da obtenção de dados de localização através do sistema de GPS, enquanto meio de obtenção de prova atípico à luz do artigo 125º do CPP

O princípio da reserva de lei surge regulamentado, designadamente, no artigo 125º do CPP e cuja epígrafe é *legalidade da prova*, determinando que *são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*. Tal significa que a plêiade de meios de prova e, conseqüentemente dos meios de obtenção de prova no âmbito do processo penal não se circunscrevem ao catálogo legal, porquanto abarca meios de prova e de obtenção de prova qualificáveis como inominados ou atípicos, com a ressalva de que não estejam legalmente proscritos. Como bem adverte David Silva Ramalho é preciso ter em atenção o seguinte:

“A aparente simplicidade da formulação legal do citado artigo, conjugada com a sua inserção sistemática, não deve, porém, induzir o intérprete a concluir precipitadamente que toda a prova será válida, desde que o método da sua obtenção não preencha a factispécie do artigo 126º do CPP. [...] o intérprete deverá procurar, em primeiro lugar, delimitá-la [a abertura revelada pelo artigo 125º do CPP] positivamente através da sua conjugação com os meios de prova e de obtenção de prova já consagrados na lei processual penal, aferindo da sua similitude com os mesmos. Assim, para efeitos de aferição da legalidade de um meio de prova ou de obtenção de prova *atípico*, o artigo 125º deverá ser lido no sentido de que «são admissíveis as provas *que não se encontrem já tipificadas e que não forem proibidas por lei*».”¹⁶⁵.

¹⁶⁴NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 174.

RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 189.

Um dos pressupostos basilares do recurso a meios de prova ou de obtenção de prova atípicos é a ausência de um meio probatório típico susceptível de alcançar o mesmo resultado cognoscitivo.

Por outro lado, é preciso enfatizar que, na decorrência da epígrafe do artigo 125º do CPP, no âmbito do processo penal vigora o princípio da legalidade, embora não o da atipicidade da prova, o que tem como corolário que a prova deverá ser realizada, não só nos limites estritos da não proibição, mas outrossim nos termos da lei quando esta se manifeste insuficiente e não exista um impedimento ao recurso de meios de prova ou de obtenção de prova atípicos. Daí que, como sustenta o mesmo autor:

“[...] subjacente à tipificação e regulamentação de um meio de prova ou de obtenção de prova, está uma ponderação do legislador, geralmente assente num lastro histórico e testada pelo tempo, sobre os valores envolvidos e os requisitos necessários para o cumprimento da função probatória concretamente visada. A procura de novos meios probatórios estranhos ao catálogo legal deve, por isso, incidir sobre «instrumentos probatórios efetivamente não previstos pelo legislador [como acontece com a localização por via do sistema GPS] e não formas *irrituais* de aquisição de meios de prova já disciplinadas no tecido processual».”¹⁶⁶.

Podemos então concluir que a prova atípica assume um cariz excepcional e uma natureza tendencialmente subsidiária face à prova típica: “[...] então o recurso à prova *atípica* apenas ocorrerá quando os demais meios se revelem, em abstrato, funcionalmente inaptos a demonstrar os factos probandos ou em concreto, insusceptíveis de serem utilizados, inúteis ou impraticáveis.”¹⁶⁷.

Mais acrescentamos que é no artigo 125º CPP que encontramos a natureza do princípio da legalidade da prova¹⁶⁸, já que o preceito em causa é paradigmático da intenção do legislador em delimitar um núcleo mais ou menos vasto de provas proibidas, interditando a sua utilização em sede de processo penal. Assim, é possível extrair dessa mesma fórmula que não são admissíveis somente os meios probatórios

¹⁶⁶ *Idem. Op. Cit.*, p. 190.

¹⁶⁷ *Ibidem.*

¹⁶⁸ “[...] O artigo 125º do CPP estabelece o princípio da admissibilidade de quaisquer provas no Processo Penal e do elenco das provas proibidas [...]”. Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto (2009), *Código de Processo Penal. Comentários e Notas práticas*, Coimbra: Coimbra Editora, p.321; “Formula-se neste artigo a regra geral da admissibilidade de qualquer meio de prova, em moldes que se não afastam das do direito anterior. Para que um meio de prova não possa ser usado, terá que a proibição ser estabelecida por disposição legal, como sucede no artigo seguinte.” e, em comentário da jurisprudência, “ Em processo penal não existe um verdadeiro ónus da prova em sentido formal: nele vigora o princípio da aquisição da prova ligado ao princípio da investigação, donde resulta que são boas as provas validamente trazidas ao processo, sem importar a sua origem, devendo o tribunal, em último caso, investigar e esclarecer os factos na procura da verdade material.”. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia (2009), *Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar*, 17º ed., Coimbra: Almedina, p.344.

tipificados, mas todos aqueles que não forem proibidos mesmo sendo atípicos. Neste mesmo sentido, G. Marques da Silva sublinha que:

“Proibindo a utilização de certos meios de prova, a norma consagra também [...] a *liberdade* da prova, no sentido de serem admissíveis para a prova de quaisquer factos todos os meios de prova admitidos em direito, ou seja, que não sejam proibidos por lei. Não só os meios de prova tipificados, isto é, regulamentados por lei, que são admitidos, são admissíveis todos os que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos.”¹⁶⁹.

Por conseguinte, não se verifica a imposição de um sistema fechado ou taxativo relativamente aos meios de prova admissíveis, porquanto os diferentes meios de prova se tornam igualmente admissíveis para a comprovação jurisdicional seja de que facto for. Daí que ao julgador seja possível recorrer não apenas aos vários meios tipificados (as provas típicas), mas igualmente vê reconhecida a liberdade de escolher indiferentemente, de entre qualquer dessas fontes tipificadas de conhecimento e ainda, excepcionalmente, poderá recorrer a meios não integrantes do catálogo legal, sob a dupla condição de se configurarem como meios idóneos e não proibidos pelo legislador, isto é: os meios de prova inominados que são as provas atípicas. Um elemento que não deixa de ser mencionado por Sandra Oliveira e Silva nos seguintes termos:

“Nos últimos anos, novas descobertas têm vindo a possibilitar técnicas distintas e inovadoras de conhecimento e demonstração probatória, como as pesquisas de ADN e de todo um manancial de «meios ocultos de investigação» (p.ex., a localização celular ou por sinal de GPS, as técnicas do IMSI/IMEI – Catcher ou “SMS – Blaster”).”¹⁷⁰.

A leitura que, portanto, fazemos do artigo 125º CPP é, sobremaneira, a consagração do princípio de liberdade dos meios de prova ou, dito de outro modo, o princípio de não taxatividade dos meios de prova. Não obstante, estamos cientes que uma tal leitura não pode abrir flanco a uma despreocupação com o sistema de estrutura basicamente acusatória consagrado no ordenamento jurídico português (artigo 32º nº5 da CRP), cujas finalidades são a busca da verdade material, sem deixar de respeitar a pessoa do arguido e, além disso, a validade epistemológica das provas. Relativamente ao artigo 32º, nº1 da CRP (*O processo criminal assegura todas as garantias de defesa*,

¹⁶⁹ SILVA, Germano Marques da SILVA, (2008), *Curso de Processo Penal II*, 4ª ed., Lisboa, Editorial Verbo, pp. 136-137. Evocamos ainda que o preceito não apresenta grande novidade relativamente ao propugnado no artigo 173º do CPP de 1929, dispondo que: “O corpo de delito pode fazer-se por qualquer meio de prova admitido em direito.”

¹⁷⁰ SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), p.562 Cf. ainda ANDRADE, Manuel da Costa, (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 533-535.

incluindo o recurso), trata-se de uma espécie de síntese de todas as normas constantes do artigo 31º, as quais são garantias de defesa¹⁷¹. Já quanto ao artigo 32º, nº5 da CRP, ele consagra o princípio acusatório como basilar da constituição processual penal¹⁷².

Assim sendo, a admissibilidade de uma prova atípica, como é o caso da localização por sistema GPS tem como pressupostos a falta de uma expressa proibição normativa e a ausência de um meio probatório tipificado susceptível de produzir o mesmo resultado cognoscitivo, já que “Existindo uma concreta prova típica apta a fornecer ao julgador as informações probatórias pretendidas é o formalismo delineado para a aquisição desse meio de prova que deve ser seguido, repudiando-se o recurso a uma qualquer «prova atípica».”¹⁷³. No que respeita ao nosso objecto de estudo, o que extraímos do artigo 125º é a admissibilidade da utilização do mecanismo de geolocalização, uma vez que tal só não sucederia se existisse um meio probatório típico idóneo à produção do mesmo resultado cognoscitivo, já a ferramenta de GPS tem especificidades e potencialidades probatórias que o autonomizam de outros meios de prova, pelo que o intérprete pode recorrer a esta prova não tipificada, mesmo que o legislador não tenha tido intervenção nesta matéria. Por outro lado, não é possível negligenciar que o artigo 125º CPP projeta o problema atinente às proibições de prova, uma matéria com respaldo constitucional no artigo 32º, nº8 da CRP ¹⁷⁴ (*são nulas todas*

¹⁷¹ “Em «todas as garantias de defesa» engloba-se indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação. [...] Em suma, a «orientação para a defesa» do processo penal revela que ele não pode ser neutro em relação aos direitos fundamentais (um *processo em si* alheio aos direitos do arguido). Antes tem neles um limite infrangível.”. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p.516.

¹⁷² “Essencialmente, ele significa que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento. Trata-se de uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial.”. *Idem. Op. Cit.*, p. 522.

¹⁷³ SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº 4 (Outubro/Dezembro de 2011), p. 563.

¹⁷⁴ Interpretando este preceito inserto no nº 8 do artigo 32º da CRP, J.J Gomes, Canotilho e Vital Moreira, consideram que ele tem em vista a nulidade das provas “[...] obtidas sob tortura ou coacção (nulidade e não mera irregularidade) obtidas com ofensa da integridade pessoal, da reserva da intimidade da vida privada, da inviolabilidade do domicílio e da correspondência ou das telecomunicações (cfr. arts. 25º, nº1 e 34º CRP) não podendo tais elementos ser valorizados no processo. A interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal (cfr. **Ac. TC nº 616/98**); e, relativa, nos restantes casos, devendo ter-se por *abusiva* a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (art. 34º, nº2 e 4), quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos (cfr. art. 18, nº2 e nº3). [...] A proibição de valoração de provas ilícitas suscita dificuldades sempre que implique o problema do «efeito à distância» ou do «furto de prova proibida», mas a ponderação a efectuar caso a caso das provas subsequentes não deve neutralizar a regra constitucional, tornando legítimas «provas proibidas».”. (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p.524. Ainda a propósito do regime das provas proibidas: “[...] constitui a conciliação possível da constante tensão entre a necessidade de conferir a mais ampla protecção dos direitos, liberdades e garantias individuais e de assegurar a maior legitimidade possível ao Estado enquanto titular da acção penal e as exigências da comunidade de que o Estado desenvolva uma acção penal eficaz e

as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa física ou moral da pessoa, abusiva¹⁷⁵ intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações), que se enraíza nos artigos 1º e 25º da CRP.

A este propósito consideramos relevante referir o **Acórdão do TRP de 21-03-2003** (a que voltaremos *infra* aquando de uma análise mais pormenorizada da jurisprudência), Processo 246/12.9taoz-A. P1¹⁷⁶, mais concretamente as conclusões do Ministério Público na sua interposição de recurso:

“1º) a colocação do localizador GPS em viaturas utilizadas pelos suspeitos da prática de furtos qualificados, assume toda a pertinência em termos investigatórios, uma vez que quem se dedica ao furto em residências e estabelecimentos alheios, com arrombamento e escalamento, acoberto da noite, tem o cuidado de verificar com cuidado, permanentemente, com a colaboração de co-autores “vigilantes”, se estão ou não, a ser vigiados, pelo que qualquer seguimento policial à distância se revela infrutífero, bem assim a consequente recolha de prova; 2º) o método de colocação em veículo utilizado por suspeito da prática de furtos qualificados, de localizador GPS, não sendo meio proibido de prova nos termos do artigo 126º do C.P.Penal e 32º, nº8 da C.R.P., é admissível nos termos do artigo 125º do C.P.Penal, desde que devidamente autorizado e controlado judicialmente, por aplicação analógica do preceituado nas disposições conjugadas dos artigos 4º e 189º, nº2 do C.P.Penal.” (sublinhado nosso).

Na sua fundamentação, considerou o Tribunal que – tal como defendemos *supra* – que “Não existe um regime de tipicidade de meios de prova nem de obtenção de prova, podendo, por isso, as mesmas estar ou não indicadas no Código de Processo Penal [...]”.

Ainda no teor deste aresto o Tribunal remete para o **Acórdão do TRE de 7-10-2008**, que considerou o uso do localizador de GPS pelos órgãos de polícia criminal

capaz de manter a confiança da comunidade nas respectivas instituições, e a necessidade de definir as possibilidades de o legislador limitar os direitos dos cidadãos para promover a tutela de outros direitos.”. In: **Acórdão do TRL de 13-04-2016**, Processo 2903/11.8TACSC.L1-3. Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 15/12/2017 (ao qual voltaremos mais adiante). Contudo – este Aresto não deixa de o frisar – as proibições de prova não assumem um carácter absoluto e imutável, razão pela qual a CRP permite ao legislador ordinário, relativamente a alguns direitos com respaldo constitucional, definir as necessidades de eficácia penal.

¹⁷⁵ A abusiva intromissão é aquela que é realizada à margem dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial, de acordo com o artigo 34º, nºs 2 e 4 da CRP e quando é desnecessária ou desproporcionada ou destruidora dos próprios direitos (artigo 18º, nºs 2 e 3 da CRP). Além disso: “A fórmula «intromissão abusiva» tem, assim, o sentido de demarcar um campo, apesar de tudo significativamente amplo, no interior do qual o legislador ordinário poderá mover-se e admitir como provas válidas [daí defendermos que o legislador deveria regulamentar a matéria da geolocalização] as informações obtidas com intromissão na privacidade, palavra, imagem, correspondência e telecomunicações, posto que a admissibilidade de tais provas não transcenda o âmbito constitucionalmente tolerado de restrição de tais direitos fundamentais.”. SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), p. 585.

¹⁷⁶ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 01-12-2017.

como um sistema “irmão gémeo eletrónico do clássico seguimento do alvo de pessoas a bordo de um carro”. Contudo, o TRP considerou – e a nosso ver bem – que:

“Não cremos, no entanto, que a clássica vigilância convencional de seguimento seja equivalente à localização através do localizador GPS e à sua monitorização, através do registo dos respectivos dados, porquanto esta última permite traçar o perfil detalhado da vida pública e privada de uma pessoa como ainda recentemente foi sublinhado (Ac. ST dos E.U.A caso USA v. John’s, de 23 de janeiro de 2012). Por outro lado, não faria sentido que apenas fosse sujeita a autorização judicial a localização celular através dos dados telefónicos e já não o fosse o acesso a dados de localização através do mecanismo de GPS uma vez que se tratam de dados sensíveis, que dizem respeito à vida íntima e encontram-se no âmbito do direito fundamental à auto-determinação informativa. Nesta conformidade e sempre que esteja em causa a localização através da tecnologia GPS a mesma deve ser sujeita a autorização judicial, aplicando-se, por interpretação analógica, o disposto no artigo 187º do CPP.”.

Em síntese, consideramos que no âmbito do processo penal, a comprovação de certos enunciados factuais pode impor a utilização de um meio probatório específico, nomeadamente o sistema de localização por via de GPS, uma vez que, em determinadas circunstâncias, poderá configurar o mecanismo mais idóneo, com vista à busca da verdade material como máxima teleologia, de entre os demais meios probatórios que, não obstante se encontrarem legalmente previstos e disponíveis, poderão não ostentar a mesma potencialidade cognoscitiva ou tampouco a mesma garantia de fiabilidade. Aqui impera, pois, o requisito da necessidade da utilização da localização por GPS como veículo de obtenção de um resultado probatório mais eficaz, sem que, todavia, abale as indispensáveis cautelas normativas que deverão constar de uma possível e necessária legislação sobre a sua admissibilidade enquanto método oculto de investigação. É essa a ideia central de Sandra Oliveira e Silva, ao afirmar:

“[...] A confiança comunitária nas normas implica que a máxima eficácia da justiça criminal não comprometa a distanciação moral do Estado e a sua irrestritível *lealdade* na realização do *ius puniendi* – o que torna compreensível *v.gr.*, a proscrição total de meios enganosos (entre eles, p. ex., os “agentes provadores” - art. 126º, nº2, alínea a), parte final) e os particulares escrúpulos normativos colocados à admissibilidade de métodos ocultos de investigação (escutas telefónicas, interceptação de comunicações electrónicas, agentes encobertos, videovigilância, utilização de camaras e/ou microfones escondidos, localização por captação por sinal de GPS ou antena de telemóvel, etc). Neste sentido a densa malha normativa das proibições de prova não protege apenas o titular dos direitos fundamentais atingidos, mas a própria credibilidade reputação e imagem de um processo penal com as credências do Estado-de-Direito.”¹⁷⁷.

¹⁷⁷ SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), pp. 579-580.

Com efeito, o artigo 126º deve ser lido à luz do artigo 32º da CRP onde, em última análise granjeiam respaldo os princípios materiais do processo criminal ou de constituição processual criminal, uma vez que as chamadas proibições de prova configuram concretizações processuais de direitos fundamentais, tais como o direito à integridade pessoal, à reserva da intimidade da vida privada e familiar ou o direito à liberdade, isto é:

“Em última instância, está em causa a tutela de direitos pessoais que se reconduzem à dignidade da pessoa humana – princípio transversal da ordem jurídica com raiz na consciência colectiva. [...] estamos perante o núcleo essencial das proibições da prova que veio a conformar, e determinar, o legislador ordinário ao consagrar, no artigo 126º do CPP os denominados métodos proibidos de prova.”¹⁷⁸.

Não obstante, julgamos importante destacar que o mais relevante é, no fundo, a

CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 441. No entanto, tal como o mesmo autor assinala, é preciso destrinçar entre proibições absolutas, isto é, aquelas que são insusceptíveis de qualquer concessão por afetarem o cerne dos direitos de personalidade, relativamente às proibições relativas as quais podem ser razoáveis e admissíveis (como por exemplo as provas atinentes à correspondência ou às telecomunicações) no quadro de uma lógica de proporcionalidade e que se integram no campo de aplicação do nº 3 do artigo 126º CPP em que é possível a respectiva sanação: “No que respeita à concretização do campo de aplicação do nº3 do normativo importa afirmar a validade de uma ponderação que, equilibrada entre a tutela da intimidade e o contrapeso do interesse público na realização da justiça, não pode excluir a inviolabilidade ética inerente à dignidade da pessoa humana. [...] o equilíbrio dos valores em causa deve encontrar-se no respeito pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade, questionando se a intromissão na vida privada é, em face de cada caso concreto, necessária e não desproporcionada.”. *Idem. Op. Cit.*, p.442 Mais acrescenta o mesmo autor: “Os métodos absolutamente proibidos de prova, por se referirem a bens absolutamente indisponíveis determinam que a prova seja atingida por uma nulidade insanável, a qual está consagrada na expressão imperativa «não podem ser utilizadas» consagrada no artigo 126º, nº1 do CPP. Efectivamente há casos de atentados extremos à pessoa humana de tal modo que os meios de prova obtidos com violação daqueles é intolerável; há, no entanto outros em que, dentro de certos condicionalismos, é de admitir a sua ponderação [e é isto que defendemos a propósito do sistema de localização por meio de GPS] com outros valores de igual, ou superior, dignidade axiológica, abandonando o legislador ordinário aquela tutela absoluta e, incontornável, para cair numa inadmissibilidade meramente relativa de tais meios de prova como forma de salvaguardar valores de irrecusável prevalência transcendentais aos meros interesses de perseguição.”. *Idem. Op. Cit.*, p. 447. Consideramos ainda pertinente a seguinte perspectiva sobre o meio de aquisição de prova derivada como suficientemente distinta da prova ilegal: “[...] segundo tal limitação, poderá ser utilizada no processo toda a prova secundária a que os órgãos de investigação criminal não teriam chegado, de uma perspectiva de relação causal, sem a violação da proibição de prova, mas relativamente à qual se pode dizer que já nenhum nexo causal efectivo subsiste entre tal prova mediata e a violação inicial. Tal situação pode ocorrer em dois segmentos concretos que se traduzem na possibilidade de a toxicidade da prova ser erradicada pelas próprias autoridades judiciais, mediante a prossecução da investigação através do recurso a meios lícitos e alternativos de indagação, da continuação da recolha de outros meios de prova, desta vez independentes e não «manchados». Igualmente a mancha processual pode ser afastada através da atuação livre do arguido ou de um terceiro MORÃO, Helena, (2006) “O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 4 (Outubro-Dezembro de 2006), p. 615. Deste modo, para esta autora inexistente qualquer obstáculo face à possibilidade de utilização da prova indirectamente obtida por intermédio da violação de uma proibição de prova, na medida em que, através de um evento superveniente a prova mediata deixa de ser perspectivada como tendo sido obtida através do comportamento ilícito inicial, ou dito de outro modo: a licitude do que foi casualmente encontrado é admissível mesmo que a prova originária seja ilícita.

“[...] procura de modelos de decisão assentes em critérios coerentes com a ponderação de interesses que justifica que, em determinadas circunstâncias, se projecte a invalidade de uma prova proibida, para além de nela própria, noutras provas e, em circunstâncias distintas, se recuse tal projecção. Nada obsta a que as provas mediatas possam ser valoradas, quando provenham de um processo de conhecimento independente e efectivo, uma vez que não há nestas situações qualquer relação de causalidade entre o comportamento ilícito inicial e a prova mediata obtida. Pode-se afirmar que o efeito metastisante da violação das regras de proibição de prova apenas têm razão de ser em relação à prova que se situa numa relação de conexão de ilicitude.”¹⁷⁹.

Esclarece-nos o artigo 341º do CC que as provas visam a demonstração da realidade dos factos, ou seja, a prova radica num acervo de actos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros com a finalidade de conduzir até ao magistrado a convicção sobre a existência ou inexistência de um facto, da falsidade ou veracidade de uma afirmação, enquanto os meios de prova constituem acções usadas com o fito de pesquisar ou demonstrar a verdade. Se é certo que, via de regra, inexitem limitações aos meios de prova, conforme o princípio da liberdade probatória, temos que atender a que nenhum direito é absoluto e, existindo assim limitações ao direito à prova e é neste âmbito que encaramos a proibição das provas obtidas através de meios ilícitos. A lógica do artigo 126º, nº1 é considerar como nulas, isto é como não podendo ser utilizadas, as provas obtidas sob tortura, coacção ou, de um modo geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas e neste último caso, mesmo que com o consentimento delas. Daqui decorre a inadmissibilidade dos métodos proibidos de prova elencados no artigo 126º, os quais encaramos como afloramento dos artigos 32º, nº8 e 34º, nº4 da CRP. A lógica subjacente é, afinal, de que a busca da verdade não pode ser entendida como um valor absoluto, ou seja através da utilização de quaisquer meios, mas antes por intermédio daqueles que sejam legalmente admissíveis, funcionando aqui as proibições de prova como limites à descoberta da verdade¹⁸⁰.

É ainda de salientar a seguinte interpretação do artigo 125º em relação ao sentido e alcance do princípio da liberdade da prova, em que assenta a admissibilidade da prova em processos penal:

¹⁷⁹ MOURÃO, Helena (2016) in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 435.

¹⁸⁰ A este respeito: “Entre o interesse público na perseguição penal e o interesse público também da tutela de determinados interesses, a ordem jurídica opta por uns ou por outros, conforme considere que devem prevalecer. Por isso, os meios utilizados em ordem à repressão penal têm de acomodar-se aos princípios jurídicos que predominam e aos valores fundamentais da nossa civilização.” Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto (2009), *Código de Processo Penal. Comentários e Notas práticas*, Coimbra: Coimbra Editora, p.324.

“ De facto o artigo 125º, que condensa e exprime em termos normativos o essencial daquele princípio [da legalidade da prova], nem se limita a uma mera regra de *exclusão*, vedando as formas de aquisição proibidas, nem a uma estrita regra de *permissão* ou de *inclusão*, ao abrir o caminho a vias não previstas, sob pena de nos cingirmos a uma leitura literalista, quase tautológica, diríamos, do preceito e do conteúdo normativo nele incorporado, leitura que mal tem em conta o todo do sistema probatório, na multiplicidade de princípios que o enformam e conformam. Deste modo, é possível alcançar um ponto de equilíbrio para o problema da definição do catálogo das formas probatórias que supere a irredutível alternativa taxatividade/liberdade dos meios de prova.”¹⁸¹.

Manifestamos acordo com a posição sufragada por Duarte Nunes, ao considerar que o artigo 125º do CPP permite a utilização do meio investigatório do sistema de localização por GPS enquanto meio de obtenção de prova atípico¹⁸² argumentando o autor em favor dessa admissibilidade o facto de a obtenção de dados de localização por meio de sistema GPS restringir direitos fundamentais *de uma forma muito pouco intensa*. O mesmo autor rebate o argumento segundo o qual é imprescindível que o visado tenha de ter conhecimento prévio de que está a ser sujeito a tais diligências investigatórias, na medida em que “[...] o mero carácter «oculto» dessas diligências não lhe confere necessariamente um elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito, um «potencial aditivo de perigo inerente ao ataque aos direitos fundamentais».”¹⁸³. Assim sendo, partilhamos da perspetiva deste autor para quem o artigo 125º do CPP “[...] constitui base legal suficiente para permitir a utilização de um tal meio de obtenção de prova na nossa ordem jurídica.”¹⁸⁴, acrescentando que:

“ [...] estamos perante uma restrição pouco intensa de direitos fundamentais, pelo que o artigo 125º do CPP permite o recurso a este meio investigatório como meio de obtenção de prova atípico, solução que [...] é acolhida no Direito Italiano e que vigorava também no Direito espanhol, em que antes da reforma de 2015 da *Ley De Enjuiciamiento Criminal* inexistia norma que previsse expressamente a utilização de dispositivos técnicos de seguimento e de localização (onde se inclui o GPS) e no Direito francês, em que, anteriormente às alterações introduzidas no *Code De Procédure Pénale* pela Lei nº 2014-372, de 28 de Março, também inexistia norma que previsse a utilização desses mesmos dispositivos.”¹⁸⁵.

¹⁸¹ SEIÇA, Alberto Medina de (2003) – “Legalidade da Prova e Reconhecimentos “atípicos” em Processo Penal: Notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Org. por Manuel da Costa Andrade. Coimbra Editora, 1408-1409.

¹⁸² NUNES, Duarte Rodrigues, (2017) “A admissibilidade da obtenção, diretamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 108.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Idem. Op. Cit.*, p.110.

¹⁸⁵ *Idem. Op. Cit.*, pp. 110-111.

Por conseguinte, a norma vertida no artigo 125º CPP assume um duplo significado, já que, se por um lado estipula a utilização dos meios de prova que não sejam proibidos por lei, por outro lado, admite também a utilização de todos os outros que não sejam abrangidos pela restrição, “[...] o que nos reconduz à aceitação de meios de prova não previstos no presente diploma.”¹⁸⁶. Daqui resulta, na linha do que defende Germano Marques da Silva¹⁸⁷, que para além dos meios tipificados, ou seja, com regulamentação legal, são admitidos todos os que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos. Porém, estes últimos são, segundo Santos Cabral, especialmente relevantes *ex ante* ou seja, na chamada fase pré-processual e, segundo o artigo 249º do CPP, segundo o qual a entidade policial procede aos exames dos vestígios do crime, garantindo a preservação do estado das coisas e dos lugares:

“[...] colhendo informação das pessoas que facilitem a descoberta dos agentes do crime e a sua reconstituição; procedendo a apreensões no decurso de revistas e buscas. Estamos em face de uma competência cautelar pré-ordenada para os fins do processo, mas que não tem uma natureza processual, sendo certo que a sua posterior aquisição no âmbito do processo está dependente de uma convalidação, efectuada pelo «dominus» do inquérito – o Ministério Público – a qual tem como pressuposto o circunstancialismo em que actuou o mesmo órgão de polícia criminal.”¹⁸⁸.

Este mesmo autor assinala – e bem – que, em virtude da importância que assumem os meios ocultos de investigação a que pertencem meios de prova tais como intromissões nas telecomunicações; agentes encobertos e homens de confiança; observação oculta; videovigilância entre outros:

“[...] justificava a concretização de um regime jurídico susceptível de convocar os princípios comuns à sua aplicação. [...] a necessidade de codificação deriva desde logo da forma desordenada como o legislador trata tais meios de obtenção de prova, de forma dispersa e sem articulação. Enquanto uns (v.g. escutas telefónicas e outros legalmente equiparados) estão regulados no CPP, outros estão dispersos por diplomas extravagantes, como por exemplo, os agentes encobertos (Lei nº 101/2001 de 25 de agosto), os registos fotográficos (Lei nº 5/2002 de 11 de Janeiro), a videovigilância (Lei nº 1/2005 de 10 de Janeiro) ou os exames de ADN (Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro).”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 427.

¹⁸⁷ SILVA, Germano Marques da (2008), *Curso de Processo Penal II*, 4ª ed., Lisboa, Editorial Verbo, p. 136 e ss..

¹⁸⁸ CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p.429.

¹⁸⁹ *Idem*, *Op. Cit.* p. 431. O autor remete ainda para uma decisão do Tribunal Constitucional alemão de 12 de Abril de 2005 em que é estabelecido que “«em virtude das alterações tecnológicas derivadas da sociedade de informação, instrumentos potencialmente perigosos para os direitos fundamentais, o legislador tem de observar com atenção os desenvolvimentos tecnológicos e, em caso de urgência intervir

Em suma, da nossa leitura e interpretação do artigo 125º do CPP resulta a admissibilidade de todas as provas não proibidas por lei, sendo possível a utilização na respectiva recolha de todos os métodos não taxados de nulos, como sejam os que recorrem à tortura, à coacção ou à ofensa da integridade física das pessoas em conformidade com o artigo 126º do CPP, sendo as provas, salvo disposição em contrário, apreciadas segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente, nos termos do artigo 127º CPP e na linha do estabelecido no **Acórdão do STJ de 3-04-2002**. Enfatizamos ainda que a livre apreciação da prova não pode ser confundida com uma apreciação arbitrária da mesma, nem tampouco com a simples impressão criada no espírito do julgador pelos vários meios de prova, devendo outrossim ser fundamentada e objectivada (como, aliás, estabelece o **Acórdão do STJ de 8-11-2006**).

Capítulo IV: A ausência de legislação relativa à localização por via do sistema de GPS: perspectiva crítica

4.1. A reserva de lei e seus corolários no âmbito dos métodos ocultos de prova

Adensando a problemática inerente à fórmula *são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei* (tal como explicitado *supra* neste trabalho de investigação), é preciso salientar que ela põe em causa outros nós problemáticos, como sejam os da liberdade de aquisição probatória, o da admissibilidade de provas atípicas ou ainda o da fungibilidade das provas probatórias e da não taxatividade dos métodos proibidos. Invocamos ainda que no artigo 124º do CPP, o legislador segmentou os enunciados

através de legislação complementar» [eis uma visão com a qual concordamos totalmente, como tivemos oportunidade de esclarecer neste estudo]” Acrescentando ainda que: “Na verdade, o aparecimento constante de novas técnicas de investigação implica também novas oportunidades de prevenir a prática de crimes que colocam em perigo valores e bens essenciais. Em determinadas circunstâncias a utilização de um meio tecnológico inovador [pensamos no sistema de localização por meio de GPS], mas não regulamentado, poderá configurar um autêntico estado de necessidade em que os valores e direitos salvaguardados com a respectiva utilização se situam a um nível qualitativamente superior aos direitos com a mesma comprometidos.” (sublinhado nosso). Assim, conclui o autor: “Em circunstâncias concretas da necessidade imperiosa de utilização de nova tecnologia não regulamentada legalmente [como acontece com o sistema de localização por meio de GPS], e para defesa de bens e valores em risco de dimensão qualitativamente superior, o estado de necessidade subjacente conduz à legalidade da prova, nos termos propostos pelo presente artigo. Nessa hipótese, qualquer intervenção probatória com intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, sem o consentimento do respectivo titular, apenas deve ser admitida nos limites propostos pelo princípio da proporcionalidade e com apelo à regulamentação de casos análogos [daqui se infere que este autor advoga a aplicação analógica]. É evidente que estamos sempre perante matérias de reserva de juiz a qual deve ser interpretada e aplicada com o sentido, a função e as implicações que a doutrina e a jurisprudência lhe têm, de forma praticamente unanime, atribuído.”. Idem. *Op. Cit.*, p. 432.

factuais relativos à existência da infracção, à aplicação da reacção criminal e aos pressupostos da indemnização cível. Contudo, a ideia norteadora no que respeita à admissibilidade da prova é a da mais abrangente utilização de todas as técnicas e fontes de cognoscibilidade que se mostrem idóneas e úteis à verificação do *thema probandum*. Por essa razão, considera Sandra Oliveira e Silva que:

“[...] uma qualquer diligência de prova apenas deverá ser recusada quando não se revele útil à descoberta da verdade (*frustra probatur quod probatum non revelate*), seja por não estar referida ao objecto da prova (utilidade abstracta), seja por se mostrar redundante, supérflua ou desnecessária à decisão (utilidade concreta).”¹⁹⁰.

Chamando à colação o artigo 126º do CPP inferimos deste preceito que a quem incumbe a aquisição da prova terá de proceder a uma aferição preventiva da actividade instrutória, recusando-a quando acarrete o uso de um método *legalmente inadmissível*. Mais acrescentamos que o artigo 126º do CPP não se manifesta como um catálogo fechado relativamente às provas proibidas, nem sequer quando refere no nº2 as proibições ocultas a que se referem aos métodos proibidos acompanhados de um maior potencial de danosidade e o mesmo acontece com o nº3, pelo que nos deparamos com uma dimensão não taxativa ao nível do regime geral das proibições de prova. Em sede da atipicidade da prova, incumbe ao intérprete procurar na lei processual penal a possível verificação de limites expressos à sua admissibilidade, especialmente a que está contida no artigo 126º do CPP, além de que deve excluir liminarmente as provas absolutamente proibidas (artigo 126º, nº1 CPP conjugado com o artigo 32º, nº8 da CRP, excepto para as finalidades elencadas no artigo 126, nº4 do CPP). Já quanto à valoração da prova atípica esta deve ser obtida com o consentimento do visado, até porque tratando-se de provas atípicas deve existir uma maior amplitude deste requisito. Passado o teste da verificação da inexistência de proibições legais expressas impeditivas da utilização de um concreto meio de prova (pensamos especialmente no da localização por GPS) ou de obtenção de prova atípico, é ainda necessário proceder à aferição da sua admissibilidade, para tanto urge testar a sua aptidão para limitar significativamente direitos fundamentais do visado¹⁹¹ :

“Assim, não basta a aparente *não ilegalidade* de um concreto meio de prova ou de obtenção de prova comprovadamente atípico, mas é também necessário que o

¹⁹⁰ SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), p. 552.

¹⁹¹ RODRIGUES, Benjamin Silva, (2011) *Da Prova Penal: Novos Métodos “Científicos”* In *Revista de Investigação Criminal Nas Fronteiras Das Nossas Crenças*, Tomo VI. Lisboa: Rei dos Livros, p. 35.

mesmo seja conforme com os princípios constitucionais e processuais penais em matéria probatória e de direitos fundamentais, bem como que seja funcionalmente justificável, pertinente, apto a demonstrar de modo fiável os factos probandos e, naturalmente, sujeito ao crivo do contraditório, desde logo quanto à verificação de todos estes requisitos.”¹⁹².

Não obstante a commumente aceite perspectiva segundo a qual os métodos ocultos de investigação criminal, dado o seu cariz tendencialmente invasivo (embora sustentemos que o sistema de localização por GPS detenha um grau de invasividade muito limitado) propiciam restrições a direitos fundamentais, defendemos que não se deve excluir de maneira liminar a sua admissibilidade em processo penal. É daqui que decorre a aproximação da posição que defendemos com o entendimento sobre esta matéria em específico de David Silva Ramalho, porquanto afirma:

“É certo que todos os métodos ocultos impõem sempre um grau, por mais ínfimo que seja, de restrição de direitos fundamentais. Mas, em rigor, praticamente toda a actividade pública o impõe. Daí que a reserva de lei constitucionalmente imposta pelo artigo 18º, nº2 e 3 [CRP] deva ser lida *cum grano salis* através da limitação da sua aplicação no caso de ingerências ou restrições *relevantes* – ou, se se preferir, *não irrelevantes* – de direitos fundamentais. Apenas através de uma leitura razoável dos referidos preceitos constitucionais se pode operacionalizar a reserva de lei aí prevista, sob pena de se atingirem resultados concretamente absurdos. Assim, quando nos referimos à não afetação de direitos fundamentais para efeitos de desnecessidade de reserva de lei, referimo-nos a restrições mínimas [que, a nosso ver, é o que sucede com o sistema de localização por GPS] sem aptidão para consubstanciarem uma verdadeira lesão do direito.”¹⁹³.

Contudo, Paulo de Sousa Mendes defende que a liberdade na escolha dos meios de prova ínsita no artigo 125º do CPP é, afinal, ilusória, porquanto, segundo este autor a lei estipula um catálogo de meios de prova típicos, a saber: o depoimento de testemunha (artigos 128º e ss. CPP); as declarações do arguido, do assistente e das partes civis (artigo 140º e ss. CPP); o confronto entre as pessoas que prestaram declarações contraditórias (artigo 146º CPP); o reconhecimento de pessoas e objectos (artigo 147º e ss. CPP); a reconstituição do facto (artigo 150º CPP); o juízo técnico, científico ou artístico inerente ao exercício de funções periciais (artigo 150º e ss. CPP) e os

¹⁹² RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 192.

¹⁹³ RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 192-193.

documentos (artigo 154º e ss. CPP). Face a este catálogo dos meios de prova típicos, considera o autor que ele:

“[...] inclui os respectivos regimes e não permite que sejam desrespeitadas as suas regras a fim de serem criados meios de prova aparentados, mas atípicos. [...] por outro lado é difícil de imaginar que possa haver meios de prova totalmente diferentes dos típicos, de mais a mais admissíveis. Portanto, a única liberdade que existe relativamente à escolha dos meios de prova consiste na possibilidade de seleccionar do catálogo dos meios de prova típicos aqueles que forem considerados como adequados ao processo em curso. Não admira, pois, que a epígrafe do artigo 125º CPP seja – muito correctamente – a «legalidade da prova», em vez de ser a «atipicidade dos meios de prova».”¹⁹⁴.

Todavia, julgamos que este entendimento de um catálogo fechado e estanque não é aquele que se coaduna com a realidade existente, até porque passos importantes têm sido dados com vista à admissibilidade e regulamentação de meios de prova atípicos, *máxime* as escutas telefónicas. Com efeito, é um novo paradigma aquele com que nos deparamos, se bem que a liberdade dos meios de prova em sede do modelo probatório não pode deixar de conformar-se pela tutela dos direitos fundamentais das pessoas, assim como por escrúpulos de racionalidade e controlo da prova, pelo que concordamos com o seguinte entendimento:

“[...] não pode significar que todas as vias, pela circunstância de sobre elas não recair uma directa proibição, estejam, sem mais, disponíveis. Dito de outro modo, o sistema probatório deve ser interpretado *positivamente* e não apenas a partir das concretas proibições que o delimitam. É esta a compreensão que, em nosso entender, melhor corresponde ao sentido e alcance do *princípio da legalidade da prova* que preside à admissibilidade da prova em processo penal.”¹⁹⁵.

Na mesma linha já Alberto Medina de Seíça havia sublinhado as alterações que se impunham ao processo penal português, alegando que:

“De muitos lados, numerosas vozes, insistentes, imperiosas, reclamam urgentes mudanças para o processo penal português. A funcionalidade da administração judiciária, os direitos dos arguidos, o sentido e os limites do segredo de justiça, as escutas telefónicas, a validação dos depoimentos de testemunhas, as medidas de coacção, os agentes infiltrados, para citar apenas alguns dos aspectos mais notórios, passaram para o domínio do nosso acontecer quotidiano.”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ MENDES, Paulo de Sousa, (2004) “As proibições de prova no Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (org. Maria Fernanda Palma). Coimbra: Almedina, p. 136.

¹⁹⁵ SEIÇA, Alberto Medina de (2003) – “Legalidade da Prova e Reconhecimentos “atípicos” em Processo Penal: Notas à margem da jurisprudência (quase) constante”. In *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Org. por Manuel da Costa Andrade. Coimbra Editora, p. 1408.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 1387 Assim, este autor não tem uma visão restritiva do catálogo dos meios de prova admissíveis, como se atesta nas seguintes considerações: “ Quer ainda no que diz respeito à definição

Importa ainda relevar que o GPS, enquanto meio de prova atípico, terá de submeter-se a um juízo sobre a admissibilidade e que uma futura legislação que o venha a contemplar e regulamentar deva estabelecer o modo processualmente válido da sua realização, ou seja os exactos termos a que a produção ou aquisição desse meio de prova deverá obedecer, no sentido de garantir a efetiva consistência ao direito à prova na sua conexão com o preceito constitucional do artigo 32º, n.º 1 CRP. A este respeito é importante ter em conta a seguinte perspectiva com a qual concordamos:

“A circunstância de, em casos excepcionais e sob apertados requisitos, ser possível o recurso a meios de prova não previstos não deve usar-se para contornar o sistema do direito probatório. O mesmo vale por dizer que está vedado ao intérprete a possibilidade de afastar as formas probatórias consagradas pelo legislador sob o pretexto de estas formas não serem taxativas, qualificando como prova atípica admissível aquilo que não passa de um desvio ilegal do modelo probatório previsto [que do nosso ponto de vista não sucede com o sistema de localização de GPS]. Com efeito, «pressuposto para a assunção de uma prova atípica é a falta de um meio probatório típico idóneo a conseguir o mesmo resultado cognoscitivo». Só nesse caso, e com as cautelas referidas, se poderá lançar mão de uma forma probatória inominada.”¹⁹⁷

Neste sentido, tem razão Anna Maria Capitta ao sublinhar que:

“O «princípio da não taxatividade dos meios de prova liga-se, no aspecto aplicativo, a um sistema de *taxatividade das formas probatórias*». Isto é, a liberdade de meios de prova «encontra um limite não só naquilo que é explicitamente proibido pela lei [...] e não pode estender-se sequer para terreno já explorado pelo legislador com uma peculiar disciplina probatória»”¹⁹⁸.

Daí que a utilização de meios probatórios específicos não signifique conceder ao julgador uma liberdade na escolha dos meios de prova a utilizar e, reforçamos, a admissibilidade destes meios de prova como o da localização por GPS pressupõe obrigatoriamente a sua necessidade, o que tem por consequência que esta não signifique uma substituição por outras formas probatórias, inclusive as previstas e disponíveis. Por

legal dos meios de prova admissíveis – não um catálogo fechado ou taxativo, antes um sistema aberto que admite a utilização de formas probatórias não previstas, desde que idóneas à verificação *thema probandum* e não expressamente proibidas pelo legislador; meios de prova inominados ou, na formulação mais corrente, *provas atípicas*.” (Sublinhado nosso). *Idem, Op. Cit.*, p. 1407 e mais adiante: “[...] não invalida que, para além das formas probatórias previstas na lei, seja possível, em casos excepcionais, o recurso a meios não constantes do catálogo, máxime por razões de progresso tecnológico. Porém, a decisão sobre a admissibilidade em concreto de uma forma probatória inominada encontra-se sujeita a parâmetros de validade ainda mais apertados do que os aplicáveis às provas tipificadas.”, p. 1409, prosseguindo o autor com a seguinte argumentação: “[...] a admissibilidade da prova inominada depende de um juízo *ex ante* sobre a sua abstracta funcionalidade, juízo esse que tem por referência os princípios enformadores do modelo probatório – tanto os atinentes à tutela dos direitos fundamentais das pessoas, como os que asseguram a validade epistemológica do conhecer processual.”. *Idem, Op. Cit.*, p. 1410.

¹⁹⁷ *Idem, Op. Cit.*, p. 1411.

¹⁹⁸ *Idem, Op. Cit.*, p. 1421.

outro lado, não devemos tomar como sobreponíveis os conceitos de liberdade de valoração e de aquisição da prova, porquanto:

“[...] «a confusão toca o plano lógico, para além do jurídico, já que não se tem em conta a distinção entre o momento processual da assunção do meio de prova, ao qual se refere o problema da taxatividade dos meios de prova e aquele outro, sucessivo, da valoração do resultado probatório, em que intervém o princípio da livre convicção».”¹⁹⁹.

Igualmente importante é o artigo 127º CPP atinente ao princípio da livre apreciação da prova e que configura a etapa derradeira do procedimento probatório, a saber: a valoração da prova.

No que diz respeito aos meios de prova proibidos, de novo teremos de respigar o que adiantámos já acerca do artigo 125º do CPP, o qual, como vimos, proclama a liberdade na selecção dos meios de prova a utilizar no processo.

No que à reserva de lei diz respeito – sendo que nos restringiremos aos seus corolários em relação aos métodos ocultos de prova e à localização por sistema de GPS em especial, de modo a não extravasarmos o âmbito do nosso objeto de estudo – é necessário referir o pressuposto genético plasmado no artigo 18º, nº2 da CRP (*a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*)²⁰⁰, na justa medida em que é a existência de uma lei que preveja a restrição do direito fundamental que traça o limite da própria restrição, impedindo, por essa via, as denominadas *restrições em branco* (aquelas que são passíveis de uma intervenção conformadora de outras fontes normativas ou que transfiram para outros órgãos dilatadas margens de liberdade decisória)²⁰¹. Assim sendo, as restrições aos direitos, liberdades e garantias tem a sua

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ Acerca deste preceito constitucional há que atender ao seguinte esclarecimento: “O regime próprio dos direitos, liberdades e garantias não proíbe de todo em todo a possibilidade de **restrição** por via de lei, do exercício dos direitos, liberdades e garantias. Mas submete tais restrições a vários e severos requisitos. Para que a restrição seja constitucionalmente legítima, torna-se necessária a verificação *cumulativa* das seguintes condições: a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (nº2, 1ª parte); b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (nº2, *in fine*); c) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objectivo (nº2, 2ª parte); d) que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito (nº3, *in fine*). Além da verificação destes *pressupostos materiais*, a validade das leis restritivas de direito, liberdades e garantias depende ainda de três *requisitos* quanto ao carácter da própria lei: a) a lei deve revestir carácter geral e abstracto (nº3, 1ª parte); b) a lei não pode ter efeito retroactivo (nº3, 2ª parte); c) a lei deve ser uma lei da AR ou, quando muito, um Decreto-Lei autorizado (art. 165º, nº1, alínea b)).” CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Op. Cit.*, 388.

²⁰¹ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de

admissão expressa na CRP, conquanto seja imprescindível respeitar os sucessivos requisitos de que depende a criação de uma lei restritiva e que Jorge Reis Novais denomina de *limites aos limites*²⁰². Desde logo temos a exigência de lei formal no quadro do chamado regime orgânico no sentido em que somente a Lei parlamentar ou Decreto-Lei autorizado pode intervir normativamente no âmbito desses direitos (artigo 165º, nº1, alínea b) da CRP). Segundo José Melo Alexandrino essa exigência de lei formal é completada por uma exigência de cariz material, pelo que no plano dos direitos, liberdades e garantias pontifica um princípio de *reserva material de lei*²⁰³. Um segundo requisito é a exigência de autorização constitucional, significando, *grosso modo*, que a lei apenas pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na CRP, sendo que adoptamos a perspectiva de Jorge Reis Novais, ao advogar que a regra contida no artigo 18º CRP não tem correspondência na natureza das coisas, em virtude de ser da natureza dos direitos fundamentais eles colidirem com outros, acrescentando que se é inegável que os direitos, liberdades e garantias avultam como *trunfos*, eles “podem ser batidos por *trunfos* mais altos”²⁰⁴. Por sua vez, José Melo Alexandrino defende que:

“[...] a Constituição não pode ter pretendido, nem pretende excluir a existência de eventos *verdadeiramente* restritivos fora os casos explicitamente enunciados. Não o pode pretender, porque ela própria, ao ter enunciado direitos, enunciou da mesma forma limites a esses direitos [...]”²⁰⁵.

Um terceiro requisito é o do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, significando que as restrições aos direitos, liberdades e garantias devem ser necessárias para garantir outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e devem restringir-se ao necessário para essa finalidade²⁰⁶. Em síntese o artigo 18º, nº3 é aquele que contém o regime específico dos direitos, liberdades e garantias bem como os

doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 168.

²⁰² NOVAIS, Jorge dos Reis (2003) *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Parte II. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 727ss..

²⁰³ ALEXANDRINO, José de Melo (2007) *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2ª ed., Cascais: Princípiã, p. 128.

²⁰⁴ NOVAIS, Jorge dos Reis (2003) *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Parte II. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, p. 586.

²⁰⁵ ALEXANDRINO, José de Melo (2007) *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2ª ed., Cascais: Princípiã, p.133.

²⁰⁶ “O princípio da proporcionalidade em sentido amplo constitui um verdadeiro super-conceito (*Oberbegriff*), super-conceito esse que tem sido tradicionalmente decomposto em três subprincípios (corolários, máximas ou dimensões): i) o da *adequação* (ou idoneidade); ii) o da *necessidade* (indispensabilidade ou do meio menos restritivo); iii) o da *justa medida* (ou proporcionalidade em sentido restrito).”. *Idem. Op. Cit.*, p. 135.

requisitos das restrições, a saber: exigência de lei geral e abstracta; proibição de leis restritivas retroactivas e garantia do conteúdo essencial. Daí que concordemos com a sinopse feita por José Melo Alexandrino em relação a esta questão:

“De tudo isto concluímos que o relevo da cláusula do conteúdo essencial se projecta: i) no momento prévio a qualquer restrição (o da ponderação da decisão política de restringir um direito), na sinalização dada ao legislador de que os direitos liberdades e garantias valem como trunfos contra si; e ii) no momento posterior à restrição (o do controlo), em que o juiz constitucional passa a estar, também ele, compenetrado do valor subjacente à norma constitucional, funcionando então a garantia do conteúdo essencial como *momento* (e derradeiro filtro) para que o órgão de controlo não perca de vista a importância *desses preceitos*.”²⁰⁷.

Ora, cumpre-nos questionar de que modo os meios de obtenção de prova²⁰⁸, nos quais se incluem métodos ocultos, se enquadram do ponto de vista da reserva de lei. Tal questão é particularmente relevante, dado que, por natureza, tais meios de obtenção de prova implicam, pelo menos tendencialmente, restrições de direitos fundamentais²⁰⁹, e a questão ganha maior complexidade quando se projecta na problemática da admissibilidade de meios de obtenção de prova atípicos, como é o caso da geolocalização que prevalecentemente nos ocupa. Assim, se atentarmos ao disposto no artigo 125º do CPP, cuja fórmula é a admissibilidade de todas as provas que não forem proibidas por lei, desde logo é possível entender que o legislador tinha em vista não apenas as provas, mas também os meios de obtenção de prova²¹⁰. Do princípio da

²⁰⁷ *Idem. Op. Cit.*, p. 142.

²⁰⁸ “A prova – enquanto resultado da actividade probatória – é a motivação da convicção da entidade dissidente acerca da ocorrência dos factos relevantes, conquanto que essa motivação se conforme com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras da experiências, as leis científicas, e os princípios da lógica.”. MENDES, Paulo de Sousa, (2004) “As proibições de prova no Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (org. Maria Fernanda Palma). Coimbra: Almedina, p. 133.

²⁰⁹ Neste sentido salienta Jorge dos Reis Novais que: “[...] é sobretudo nos argumentos democráticos que a dimensão competencial cobre pleno desenvolvimento, assumindo, aí, a reserva de lei parlamentar o papel de protagonista. Basicamente a ideia é que há decisões tao essenciais para a vida da comunidade que devem ser tomadas pela instituição representativa de todos os cidadãos. Entre essas decisões contam-se imediatamente, qualquer que seja a fundamentação apresentada, as decisões que afectam os direitos fundamentais, mormente as suas restrições, entendendo-se que a excepionalidade da sua ocorrência e a gravidade dos seus efeitos exige a participação decisiva dos representantes dos próprios interessados.”²⁰⁹ (2003) *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Parte II. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, p. 833.

²¹⁰ “[...] se atentarmos na inserção sistemática dos arts. 125º e 126º CPP, verificamos que este é claramente a continuação daquele, na medida em que o art. 125º dispõe que são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei e, logo de seguida, o art. 126º vem prever uma série de situações em que as provas são proibidas, sendo que as proibições previstas têm, sobretudo, a ver com o modo de obtenção e não apenas com os meios de prova *ex se*. E, em segundo lugar, os meios de prova estão intimamente ligados aos meios utilizados para os obter, pelo que não poderão ser dissociados do modo como foram obtidos, ao ponto de a validade daqueles depender da validade destes e de, por isso, não

legalidade da prova resulta a sua aplicação aos mecanismos de obtenção de prova e mesmo a admissibilidade de meios de prova atípicos, não ocorrendo violação do princípio da reserva de lei tal como consagrado nos artigos 18º, nº2 da CRP e 8º, nº2 da CEDH, isto se não restringirem direitos fundamentais. Verificando-se uma qualquer restrição e/ou dano ao nível de direitos fundamentais, tais meios de prova não poderão ser pautados pela arbitrariedade nem pela gratuitidade, já que eles só podem aplicar-se com vista a garantir um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido ou ainda:

“[...] direitos e interesses que a CRP não consagre expressamente, mas que gozem de consagração na lei ordinária ou em diplomas de Direitos Internacional ou que sejam decorrência de outros aí previstos, o que exclui a restrição de direitos fundamentais se o direito ou interesse a salvaguardar for tutelado apenas ao nível infraconstitucional.”²¹¹.

Como já explicitámos *supra* o que sucede com o sistema de localização por GPS é que estamos perante um método oculto atípico cujo grau de afetação dos direitos fundamentais ocorre numa dimensão pouco significativa e, por via disso não devemos submeter, estritamente, a sua admissibilidade à reserva de lei²¹². Embora cientes de que pela sua própria natureza de método oculto, algum nível de restrição de direitos fundamentais é, pelo menos tendencialmente, atingido, porém julgamos ser redutor fazer depender a sua admissibilidade da visão tradicional de que a precedência de lei ou de Decreto-Lei autorizado pela AR é, com base nos artigos 18º, nº2 e nº3 e 165º, alínea b) da CRP, condição *sine qua non*, da legitimidade do âmbito e da validade da prova coligida mediante um tal método²¹³. No entanto, no caso de o legislador, como

faltarem casos em que meios de prova ilícitos não podem ser usados precisamente porque foram obtidos de forma ilícita.”. NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 174.

²¹¹ *Idem. Op. Cit.*, p. 175.

²¹² RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 194.

²¹³ A este respeito julgamos pertinente o seguinte esclarecimento: “A conhecida e repetida fórmula de H. Kruger- «leis apenas no âmbito dos direitos fundamentais» - exprime plasticamente o sentido da **vinculação do legislador e dos actos legislativos pelos direitos, liberdades e garantias**. [...] a cláusula de vinculação tem uma dimensão proibitiva: veda às entidades legiferantes a possibilidade de criarem actos legislativos [daí, como defendemos, a legislação que possa – deva vir a ser implementada tenha de pautar-se por balizas, parâmetros e cautelas acrescidos] contrários às normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanção de leis inconstitucionais lesivas de direito, liberdades e garantias. As normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, constituem, nesta perspetiva, *normas negativas de competência* porque estabelecem limites ao exercício de competência das entidades públicas legiferantes.”. CANOTILHO, J.J Gomes (2002) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, p.440. Porém, também existe uma dimensão positiva da vinculação do legislador: “A

defendemos, vir a regular este método oculto não poderá deixar de ter atenção que terá de contemplar um controlo jurisdicional efetivo dos actos envolvidos, proporcionando ao visado por tal método uma faculdade de sindicar tanto a legalidade como a constitucionalidade dos procedimentos adoptados e, por conseguinte, a validade da prova. Já que:

“Para a lei cumprir qualquer uma das finalidades [que acima e em nota explicitámos] [...] é necessário que «preveja expressa e explicitamente a medida de compressão dos direitos fundamentais, fixe a sua compreensão, extensão e vinculação finalístico- teleológica, bem como defina os seus limites». Para tanto [...] deverá sempre fixar expressa e especificamente o método oculto em causa.”²¹⁴.

Apesar da inexistência de habilitação legal, não negligenciamos, de nenhuma forma, a importância essencial da reserva de lei, porquanto esta delimita o domínio da actuação do aplicador do direito, ao mesmo tempo que correlaciona a Constituição com a lei ordinária e condiciona o sentido e alcance das leis, evitando ainda o perigo da arbitrariedade. Isso mesmo vem sendo enfatizado pelo TEDH em nome da protecção dos cidadãos contra ingerências arbitrárias nos direitos garantidos pelo artigo 8º, em especial o nº2, da CEDH (*não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providencia que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos ou das liberdades de terceiros*)²¹⁵.

É ainda importante referir a posição adoptada sobre esta matéria por Benjamim Silva Rodrigues para quem a utilização de métodos ocultos de investigação criminal não pode deixar de passar pelo crivo das exigências decorrentes do princípio da reserva de lei, até porque considera que a ponderação vertida em lei de um qualquer método oculto

vinculação dos órgãos legislativos significa também o dever de estes conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e diretivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias.”. *Ibidem*. É preciso ainda ter em conta que os fundamentos para a exigência de reserva de lei, no que concerne às restrições de direitos fundamentais são: ganhos de publicidade, transparência e pluralismo no processo parlamentar, de acordo com a perspectiva de NOVAIS, Jorge dos Reis, (2003) *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Parte II. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, p. 840.

²¹⁴ RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 196.

²¹⁵ Disponível em [em linha] www.echr.coe.int/documents/convention_POR.pdf, consultado em 05/12/2017.

de investigação criminal deve possuir um conjunto de características, entre as quais as seguintes:

“ a) clareza suficiente para correcta e rigorosa identificação do be(ns) jurídico(s) ou direito(s) fundamental(is) envolvido(s); b) correcta definição dos níveis de sacrifício a impor ao bem(ns) jurídico(s) ou direito(s) fundamental(is) envolvidos(s), com vista à sua contenção dentro dos níveis da não desestruturação ou aniquilamento do núcleo fundamental respectivo do(s) mesmo(s); c) previsão da forma ou modalidade da técnica invasiva usada (ou a utilizar); d) previsão e prescrição precisa e clara do fundamento (Anlass) fim e limites da intromissão – *princípio da vinculação ao fim (da recolha da informação)*.”²¹⁶.

Tal significa que, neste contexto preciso, este autor se aproxima da perspectiva de Costa Andrade, isto porque faz decorrer a deslegitimação do uso de tais métodos ocultos de investigação da inexistência de previsibilidade legal (reserva legal da permissão da restrição), nos seguintes termos:

“Assiste, assim, razão a COSTA ANDRADE quando sublinha que não poderá existir produção ou valoração, que não seja ilegal ou ilegítima, dos meios ocultos de investigação, que forem surgindo com o progresso técnico- científico, se não for adoptada «nova e pertinente lei de autorização» [algo que também defendemos no sentido em que deve existir no futuro tal habilitação legal, conquanto por motivos que temos vindo a aduzir tal não inviabilize a admissibilidade do sistema de localização por GPS como método oculto de investigação criminal hodiernamente]. O que, na maior parte dos casos, se traduzirá numa restrição desproporcionada dos direitos fundamentais [o que, a nosso ver, só acontece de uma forma muitíssimo mitigada no que ao sistema de localização por GPS diz respeito] (porque não prevista e «devidamente ponderada» pelo legislador que tem competência reservada nesta matéria) e a levar ao altar da prova proibida e insusceptível de valoração todo o acervo probatório levado a cabo a partir de tal novo método oculto de investigação criminal.”²¹⁷.

Ainda assim, este mesmo autor considera a existência de uma subsidiariedade “em cascata”²¹⁸, para dentro e para fora, dos meios ocultos ou o princípio da preferência pelos métodos (ocultos ou não) menos lesivos ou, como lhes chama, “abertos” face aos “ocultos”. Isto significa que o autor advoga que na adopção dos meios ocultos de investigação criminal é imprescindível ter em conta o princípio de subsidiariedade “em cascata”. O que o autor pretende significar é que deve ser dada preferência aos métodos menos lesivos ou “abertos” relativamente aos “ocultos”. Ora, do nosso ponto de vista o que na prática sucede é que tendemos a considerar o sistema de localização por via de

²¹⁶ RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p. 53.

²¹⁷ *Idem. Op. Cit.*, pp 54-55.

²¹⁸ *Idem. Op. Cit.*, p.57.

GPS, se bem que como meio oculto, como um dos mais *abertos*, porquanto a intromissão lesiva ou intensidade da devassa implicada neste método é de grau muito inferior a outros que já estão inclusive regulamentados. Mais acrescenta este autor que:

“Sendo operativo um meio de investigação «aberto», para atingir os desideratos investigatórios, ficará proibida ou arredada a possibilidade de lançar mão de um método oculto de investigação criminal. O mesmo se diga, dentro dos métodos ocultos de investigação criminal, se um dele for menos lesivo do que os demais.”²¹⁹.

Ora, em relação a este último entendimento, julgamos, por um lado que, o sistema de geolocalização apresenta um potencial probatório com especificidades diversas de outros meios de investigação que não conseguem atingir as mesmas finalidades investigatórias e, por outro lado, na parte final das considerações do autor, entendemos que, aquele sistema é, na realidade, menos lesivo do que outros, como sejam as escutas telefónicas ou do agente encoberto. Assim, consideramos que, no âmbito do que o mesmo autor designa como subsidiariedade para dentro dos métodos ocultos de investigação e em nome da relação de subsidiariedade, a opção pelo mecanismo de localização por via de GPS é menos lesivo do que outros mais gravosos e intrusivos da intimidade da vida privada e mais idóneo para a prossecução dos interesses da investigação, do que outros meios que se revelam insusceptíveis de obter eficazmente os mesmos resultados.

Pronunciando-se especificamente sobre a investigação oculta através da localização e identificação de dados por meio de equipamento de GPS amovível, considera ainda o mesmo autor que, em termos de enquadramento, se abriram novas possibilidades de investigação criminal:

“[...] mediante uso de métodos ocultos, [que] sofreram um notório incremento com os mais recentes avanços técnico-científicos ocorridos na área das comunicações eletrónicas e nas tecnologias da informação e da comunicação, típicas da sociedade informacional e comunicacional do dealbar do terceiro milénio. Um desses novos métodos ocultos é o que consiste no acompanhamento topográfico e determinação efectiva do lugar onde se encontra, em cada momento, uma dada viatura, através da técnica de *Global Positioning System (GPS)*.”²²⁰.

Benjamim Silva Rodrigues chama à colação os autores que consideram que, na falta de regulamentação, o artigo 125º do CPP abre flanco a esses métodos ocultos de investigação criminal [aspecto que já tratámos *supra*]. O mesmo autor considera, porém

²¹⁹ *Idem. Op. Cit.*, p.58.

²²⁰ *Idem. Op. Cit.*, p.91.

que é preciso ter em conta que tais métodos ocultos contendem com determinados direitos fundamentais, desde logo, o direito à reserva da intimidade da vida privada pessoal e familiar, a qual só pode ser admitida e ultrapassada em casos gravosos, conforme o comando constitucional plasmado no artigo 18º, n.º2 CRP; por outro lado, contendem com a liberdade de deambulação de forma anónima o que colide com o direito à intimidade pessoal e espacial do indivíduo. Conclui o autor que:

“A lei não previu, de forma expressa, este tipo de ingerência nos direitos fundamentais implicados, de tal modo que não julgamos, sem mais, que a cláusula (relativamente) aberta do artigo 125º do CPP, possa legitimar, sem mais, este tipo de investigação criminal. De qualquer forma, a considerar-se que ela é ainda compatível com os mandamentos constitucionais do artigo 18º, n.º2 e 3 da CRP – proporcionalidade da medida face aos resultados a obter – sempre haverá que referir que, por força dos artigos 32º, n.º4 e 202º, n.ºs 1 e 2 da CRP, a constrição ou limitação de tais direitos fundamentais tem de ser aferida e avaliada pela bitola do «juiz das liberdades» [...]”²²¹.

No que ao GPS em concreto concerne, o autor acaba por aceitá-lo nos casos de uma criminalidade com especial gravidade (média ou grande criminalidade), mas nunca no âmbito da *pequena criminalidade*, conclusão com a qual concordamos. O argumento em que assenta esta sua posição é o seguinte:

“[...] Para a consideração da não admissibilidade, sem «letra de lei», a autorizar, adveio, verdadeiramente do facto de o legislador no caso de dispositivo não amovível ou fixo, colocado em matrícula («chip») [conforme Decreto-Lei nº 112/2009 e DL nº 111/2008 de 18 de Maio], ter sentido a necessidade de consagrar, em *lei expressa (clara e precisa)*, a autorização de «permanente monitorização dos veículos dos cidadãos portugueses». [...] A colocação de dispositivos amovíveis de GSP, em todos os veículos de cidadãos portugueses, sem existência de qualquer suspeita de cometimento de factos ilícitos-típicos criminais, dificilmente se poderá conter dentro dos critérios constitucionais da proporcionalidade, necessidade, adequação e subsidiariedade que timbram a abertura constitucional à abertura do uso dos gravosos métodos (ocultos ou claros) de investigação criminal que contendem com direitos fundamentais, por força do disposto no artigo 18º, n.ºs 2 e 3 da CRP.”²²².

Ora, estamos plenamente de acordo com o facto de a utilização como método oculto do sistema de localização por GPS não poder ser aplicado indiscriminadamente sobre todas as pessoas, porquanto isso acabaria por redundar num sistema totalitário ou na chamada *sociedade orwelliana*, tal com reflectida por Paulo Otero, tema sobre o qual já reflectimos *supra*.

²²¹ *Idem. Op. Cit.*, p.93.

²²² *Idem. Op. Cit.*, p.94.

Quanto à posição de Costa Andrade sobre a legitimidade e validade dos meios de recolha de prova do Estado de Direito, este autor enfatiza a questão da reserva de lei, considerando que:

“Um postulado normativo que é portador de um aturado e consistente programa de tutela e, por causa disso, se desdobra num largo espectro de exigências normativas e de incontornáveis implicações prático-jurídicas [...] A significar que a lei deve permitir identificar com rigor e segurança tanto o bem jurídico ou o direito fundamental lesado ou atingido como o teor do respectivo sacrifício. Uma exigência em que vai naturalmente coenvolvida a previsão da forma ou modalidade técnica de invasão. Por vias disso, uma exigência de importância e relevo crescente, à vista do progresso tecnológico, a oferecer permanentemente novos meios – ocultos – de investigação. E cujas produção e valoração serão ilegais e ilegítimas, enquanto não for adoptada nova e pertinente lei de autorização.”²²³.

Na mesma linha argumentativa, este autor menciona o catálogo de infracções cuja perseguição é susceptível de legitimar cada um dos meios ocultos em causa, em que o critério prevalecente é o da proporcionalidade, considerando que:

“Por vias disso, não seria consonante com as exigências constitucionais o quadro normativo que autorizasse o recurso a um meio particularmente invasivo para investigar um crime relativamente benigno [...] O mesmo juízo e a mesma censura merecendo a solução legal que alargasse os meios mais gravosos e invasivos a um universo mais alargado de infracções, por essa via os estendendo a crimes com menor gravidade e relevo.”²²⁴.

Por outro lado, o autor acentua o princípio da subsidiariedade²²⁵, asseverando que “[...] não deve recorrer-se a meios ocultos quando for possível alcançar os mesmos resultados de investigação com a aplicação de meios «descobertos».”²²⁶.

²²³ ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, a *Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 112. Segundo o mesmo autor: “[...] verifica-se uma inultrapassável assimetria entre: por um lado, a tendência expansiva dos direitos fundamentais, a partir do matricial *direito geral de personalidade* ou da autonomia e dignidade pessoal; e, por outro lado, as formas legítimas de intromissão ou devassa.”, concluindo: “De forma assumidamente apodítica, o recurso a um novo meio técnico (oculto e invasivo) de investigação em processo penal (v.g. *GPS*) só é possível depois de prévia – explícita e autónoma – legitimação legal [o que todavia, não tem impedido o labor jurisprudencial acerca desta matéria].” *Op. Cit.*, p. 113.

²²⁴ *Idem. Op. Cit.*, p. 114.

²²⁵ Ainda a propósito do princípio de subsidiariedade, defende este autor que deve limitar-se o impulso para a utilização cumulativa de dois ou mais meios ocultos de investigação: “A utilização de duas ou mais medidas (v.g., *escutas e agente encoberto*) só poderá ter lugar se, manifestamente, a utilização de uma só não permitir alcançar o desejável e almejado resultado probatório. De qualquer forma, a utilização cumulativa de meios ocultos de investigação só poderá acontecer face às manifestações extremadas (pela danosidade e pela sofisticação dos meios) da criminalidade, em consonância com as exigências da *proporcionalidade*.” *Idem. Op. Cit.*, p. 115. Costa Andrade convoca ainda a necessidade de um exercício de graduação incidente sobre o grau de suspeita e sobre a subsidiariedade, nos seguintes termos: “Quanto à primeira e sendo certo que deve tratar-se sempre de uma suspeita assente em factos e racionalmente sustentada e, como tal, susceptível de comunicabilidade e de escrutínio inter-subjectivos, ela deve ver as suas exigências subirem à medida que se sobe na escala da lesividade. O mesmo valendo para a *subsidiariedade*: que terá de valer tanto na opção entre as diferentes medidas ocultas; como na relação

Numa das perspectivas aventadas por Costa Andrade, estamos de acordo que o legislador de 2007 poderia ter ido mais longe do que aquilo que foi a respeito da extensão que poderia ter acarretado a eliminação do artigo 189º do CPP, uma vez que:

“Regimes novos seriam, por exemplo, necessários para enquadrar normativamente meios como a localização de viaturas através de GPS. O mesmo teria de valer para as diferentes formas de *busca online* (não reconduzíveis nem às buscas clássicas, nem às intromissões nas telecomunicações). Ou para as intromissões nas comunicações telefónicas através da *internet*, designadamente para as chamadas acções de «vigilância nas fontes» [...]”²²⁷.

4.2. A aplicação analógica deste método de investigação criminal

A questão a que pretendemos dar resposta neste tópico é a seguinte: na ausência de habilitação legal para o uso do GPS, será aceitável o preenchimento dessa lacuna por via da analogia?

Conquanto exista um flanco aberto resultante de uma interpretação articulada entre o artigo 29º, nº3 da CRP – o qual somente interdita a aplicação analógica²²⁸ no direito penal substantivo (o artigo 1º, nº3 do CP proíbe, expressamente, a analogia quanto às normas de que resulte a qualificação do facto como crime, a definição de um estado de perigosidade e a determinação da pena ou medida de segurança correspondentes)²²⁹ e o artigo 4º do CPP – que permite a integração de lacunas por

entre estas e outras formas de investigação. De qualquer forma, também as suas exigências deverão subir conforme a medida for mais ou menos invasiva [...]”. ANDRADE, Manuel da Costa, (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p.546.

²²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, a *Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 115.

²²⁷ *Idem. Op. Cit.*, p. 184. Mais acrescenta o autor que: “A optar-se, como se optou, por um modelo assente nas *escutas telefónicas* integrado por uma norma de *extensão* então exigia-se que se procedesse com o cuidado devido para que a extensão parasse precisamente onde acabam as telecomunicações. Deslocando para outros enquadramentos normativos e sistemáticos as constelações que não podem reivindicar o estatuto e o regime das intromissões nas telecomunicações. Só assim se evitaria a «casa dos horrores» hermenêuticos em que se converteu o artigo 189º.” *Idem. Op. Cit.*, p.185.

²²⁸ Utilizando o pensamento kantiano, sobretudo na obra *Crítica da Faculdade do Juízo*, José Bronze sufraga que: “A «analogia» funciona, portanto, como operador discursivo que permite a «procura» de novos objectos na «experiência», (isto é, «através da percepção») e até a «descoberta» de mais características que lhe pertençam partindo da pressuposição de notas qualificativas de outros objectos. [...] a «analogia» não intende à obtenção de certezas, nem pode intervir noutro âmbito que não seja o (kantianamente) fenoménico. Mas dizem-nos algo mais: mostram-nos igualmente que a «semelhança» que lhe subjaz não é propriamente de carácter «qualitativo», mas «relacional».”. BRONZE, Fernando José (1994) *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante nos polos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 438.

²²⁹ PALMA, Maria Fernanda (2017) *Direito Penal. Conceito material de crime. Princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2ª ed. Lisboa: AAFDL, p. 136. “A selecção da conduta incriminada é uma decisão legislativa ilimitável pelo julgador

aplicação subsidiária das regras do CC, designadamente no artigo 10º e em especial no seu nº3, que impõe ao intérprete e ao aplicador a superação das omissões do sistema através de um esforço legislativo casuístico tendo em conta o espírito do sistema, todavia, tendemos a responder negativamente à questão formulada. Isto porque uma matéria tão sensível quanto aquela que se prende com a obtenção de provas através de meios ocultos de investigação criminal não pode ficar na dependência da discricionariedade do intérprete. E, além disso, não poderemos escamotear o princípio da reserva de lei e a incompatibilidade da analogia aplicada aos métodos ocultos de investigação criminal com o princípio da legalidade enquanto pilar para a regulamentação e para a restrição dos direitos fundamentais que preside aos meios ocultos de investigação e que nos afasta da hipótese do raciocínio analógico como via para superar a lacuna legal no que, designadamente ao sistema de localização por via de GPS diz respeito. Por isso concordamos com a seguinte posição:

“A analogia é uma via perigosa de superação sendo, a miúdo, utilizada como argumento favorável à integração e à convergência no resultado. O resultado até pode ser típico, agora o percurso que comporta uma extensão atípica, o que poderá ser decisiva para um desenho regulamentar, mais ou menos, exigente atento o seu grau de ofensividade ou devassa.”²³⁰.

A posição que adoptamos é a de Duarte Nunes, que parte do entendimento segundo o qual o artigo 125º do CPP proíbe a utilização de meios de obtenção de prova que acarretem um elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito, até porque um ataque aos direitos fundamentais terá, por força do princípio da reserva de lei (artigo 18º da CRP), de estar expressamente previsto na lei, o que obsta ao recurso à analogia, porém não ao recurso à interpretação extensiva, pois segundo Fernanda Palma:

“A categoria da interpretação extensiva baseia-se, no plano teórico, na possibilidade de referir um certo caso não expressamente considerado pela letra da lei ao seu pensamento. Diferencia-se da analogia, na medida em que o caso real é meramente semelhante aos casos considerados pela lei, sem, no entanto, ter sido pensado por ela. Assim, quando o legislador tenha apenas exprimido imperfeitamente a intenção de regular o caso haverá interpretação extensiva.”²³¹.

através do recurso à analogia.”. *ibidem*. É de atender ainda a esta reserva que a autora enfatiza acerca da interpretação extensiva: “[...] não é de excluir que se ultrapasse o pensamento do legislador, na sua formulação histórica, interpretando-se a norma com o significado plausível e juridicamente válido das palavras.”. *Idem. Op. Cit.*, p. 138.

²³⁰ PEREIRA, Bruno de Carvalho (2016) *O sistema de geolocalização GPS no Processo Penal Português. Visão integradora ou atípica no quadro dos meios de obtenção de prova*, Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, p. 61.

²³¹ PALMA, Maria Fernanda (2017) *Direito Penal. Conceito material de crime. Princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2ª ed. Lisboa: AAFDI, p. 137.

Aliás, é preciso ter em conta que as interpretações restritivas “[...] acrescentando às restrições afectam ou podem afectar direitos, liberdades e garantias muito para lá do conteúdo essencial ou determinam até a ablação de direitos deles derivados.”²³². Consideramos que o facto de estarmos perante um meio de obtenção de prova cuja utilização limita direitos fundamentais de uma forma pouco intensa, tal factualidade não é impeditiva da sua admissibilidade enquanto meio de prova atípico e que lhe pode ser aplicável, por interpretação extensiva, o regime das escutas telefónicas, contra o argumento de que inexistente qualquer comunicação na utilização deste meio de prova e que, por isso, não é possível aplicar-lhe aquele regime (posição de Pinto de Albuquerque²³³ e também de Costa Andrade²³⁴), por interpretação extensiva²³⁵. Evocamos que a analogia implicaria o recurso à aplicação do regime jurídico de um método oculto previsto na lei a um outro não previsto legalmente e que não ostenta qualquer similitude com aquele. Embora possamos admitir a interdição do recurso à analogia para, com base no artigo 125º CPP, legitimar a utilização dos métodos ocultos que manifestem um elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito, não nos parece de afastar, nesta fase de um regime transitório, o recurso à interpretação extensiva e nomeadamente à interpretação actualista e, de acordo com Duarte Nunes:

“[...] sobretudo no caso de novos métodos «ocultos» que sejam «disponibilizados» pelo progresso tecnológico – que, sendo acessíveis a qualquer pessoa, poderão ser utilizados pelas organizações criminosas na prossecução das suas finalidades - e que o legislador não preveja expressamente na lei e regulamente em tempo útil ou em que, prevendo-os, não os tenha regulamentado de forma suficiente.”²³⁶.

Julgamos que esse recurso à interpretação extensiva e à interpretação actualista permite suprir o atraso do direito perante o imparável desenvolvimento tecnológico, o que pode encerrar efeitos perniciosos em termos da proliferação da impunidade de

²³² MIRANDA, Jorge, (2012) *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 423.

²³³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2009) *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica, p. 545.

²³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 113 e 184.

²³⁵ NUNES, Duarte Rodrigues, (2017) “A admissibilidade da obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 107.

²³⁶ NUNES, Duarte Rodrigues (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 282.

determinados crimes que poderiam eficazmente ser provados através desses novos meios que a tecnologia propicia, numa lógica de prevenção e de mitigação das suas consequências para as vítimas. Por outro lado, é necessário ter em conta que o CP somente proíbe, de maneira expressa, a analogia em matéria de normas penais positivas, pelo que, nesse sentido, a proibição da analogia não é extensível à interpretação extensiva, aspecto que pode ser clarificado se atendermos ao critério de distinção entre a analogia e a interpretação extensiva, o qual radicará:

“[...] na circunstância de, enquanto nos mantivermos no âmbito do sentido comum e literal dos vocábulos [...] do texto da lei [...] estaremos no âmbito da interpretação extensiva (que, como vimos, é permitida) e quando ultrapassarmos esse âmbito cairemos no âmbito da analogia (proibida).”²³⁷.

Ora, não sendo proibida a interpretação extensiva em matéria de normas penais positivas, por maioria de razão, ainda seguindo Duarte Nunes, torna-se admissível o recurso à interpretação extensiva em sede de métodos ocultos e, por exemplo, as normas atinentes à localização celular²³⁸, cujas finalidades, se encontram próximas da localização por aparelhos de GPS, uma das vias em que será possível proceder a essa interpretação extensiva. Quanto ao problema da cumulação entre interpretação extensiva e actualista, igualmente concordamos com Duarte Nunes que estabelece para a sua admissibilidade o seguinte entendimento:

“[...] na media em que dessa cumulação não resulte uma ultrapassagem ao sentido comum e literal dos vocábulos do texto da lei, nada obstará a essa cumulação; diversamente, se tal ultrapassagem ocorrer, estaremos no âmbito da analogia que [...] se vem entendendo como sendo inadmissível em sede de restrições de direitos fundamentais.”²³⁹.

Mais se acrescenta que a localização celular, cuja relevância tem sido crescente em virtude da incorporação da tecnologia GPS:

“[...] constitui uma ferramenta mais recente que está associada às redes de telecomunicações móveis: já que constitui condição indispensável para o estabelecimento e transmissão das comunicações, quer durante a fase de arranque da estação móvel, quer quando ocorre uma mudança de área, mas

²³⁷ *Idem. Op. Cit.*, p. 283.

²³⁸ Esse entendimento está expresso nos seguintes termos: “[...] o regime da obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio do sistema GPS deverá ser, em tudo similar ao da obtenção de dados de localização celular, atenta a similitude da intensidade de restrição de direitos fundamentais que a utilização de uma e de outra implica.”. NUNES, Duarte Rodrigues (2017) “A admissibilidade da obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 109.

²³⁹ NUNES, Duarte Rodrigues, (2015) “O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 287.

fornece igualmente um grau de precisão muito mais elevado em matéria de determinação da posição geográfica.”²⁴⁰.

Mencionamos que no **Acórdão do TRE de 07-10-2008**, Processo nº 2005/08-1, (Relator Martinho Cardoso)²⁴¹, esta questão da localização celular na sua conexão com os localizadores de GPS é trazida à colação, já que o MP veio considerar a existência de normas legais prevendo a aplicação analógica com a localização celular dos artigos 187º, nº1, alínea b), 189º, nº2 e 252º-A CPP. Essa aplicação analógica é ainda, segundo o MP permitida pelo artigo 4º do CPP. Contudo, o aresto entendeu que – do nosso ponto de vista erradamente²⁴² - a localização por GPS não tem qualquer similitude com a localização celular, considerando que:

“A localização celular funciona num telemóvel é activado o IMEI, ou seja, quando é feita ou recebida uma chamada ou uma mensagem; só indica a «antena» que está a transmitir para o IMEI alvo, ou seja, se é S. ou T. e não o local exacto onde está o telemóvel alvo. A localização por GPS é activada por um aparelho sintonizado com pelo menos dois satélites [...] informação que é transmitida e reproduzida num receptor na posse, neste caso, da autoridade policial.”.

O argumento principal deste aresto para afastar uma qualquer interpretação analógica – ou mesmo uma interpretação extensiva – do GPS à luz localização celular, é o seguinte:

“Ora o legislador, que bem recentemente em Agosto de 2007, através da Lei nº 48/2007, de 29-08, se preocupou a aperfeiçoar a individualização e o acautelamento do uso de diversos mecanismos electrónicos, tais como o telefone e o telemóvel (artigo 187º do CPP), o correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, bem como os sofisticados e ainda raros aparelhos de escuta à distância de conversas a ocorrerem entre pessoas presentes num local (189º CPP), a localização celular e os registos da localização de conversas ou comunicações (artigo 190º CPP) – não podia desconhecer a existência de localizadores GPS e as virtudes da sua utilização na investigação criminal. Não obstante, nada regulamentou sobre a sua utilização, nem os proibiu. Assim, aplica-se o artigo 125º.”.

²⁴⁰ NETO, Luísa, (2011): “Acórdãos do TC nºs 213/2008 e 486/2009: A prova numa sociedade transparente”, in Revista Científica Nacional, p. 328.

²⁴¹ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 12/01/2018.

²⁴² E nesta posição acompanha-nos Luísa Neto que também rejeita a ideia de que a localização por via de GPS não tem coisa alguma a ver com a localização celular, a qual considera fundada na omissão de referência - de regime ou eventual proibição – individualizada a Lei nº 48/2007 de 29 de Agosto. NETO, Luísa, (2011): “Acórdãos do TC nºs 213/2008 e 486/2009: A prova numa sociedade transparente”, in Revista Científica Nacional, p. 328.

Por seu lado, o **Acórdão do TRP de 21-03-2013**, Processo nº 246/12.9TAOAZ-A.P1 (Relator Joaquim Gomes)²⁴³, veio considerar que: “A localização através da tecnologia GPS (Global Positioning System) está sujeita a autorização judicial, aplicando-se, por interpretação analógica, o disposto no artigo 187º do CPP.” (sublinhado nosso). Permitimo-nos mencionar ainda um outro **Acórdão**, este do **TRP de 27-02-2013**, Processo nº 494/09.0GAVLG.P1, (Relator Francisco Marcolino)²⁴⁴, cujo interesse hermenêutico é o de estender o regime das escutas telefónicas ao sistema de GPS. O aresto fá-lo nos seguintes termos: “[...] [o] regime das escutas telefónicas é também estendido à obtenção do registo de conversações ou comunicações, à localização geográfica do aparelho técnico de comunicação e à recolha de dados de localização”. A base legal para este entendimento é a norma extensiva inserta no artigo 189º do CPP que leva o Tribunal à convicção de que a Lei equipara as escutas telefónicas à localização geográfica do aparelho técnico da comunicação, a recolha de dados de localização, considerando este Tribunal que a localização geográfica pode revelar-se uma boa técnica para localização suspeitos ou até arguidos, mas igualmente para localizar vítimas, p. ex., de sequestros, presumindo-se o consentimento nos termos do nº4, alínea c) do 187º do CPP.

²⁴³ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 21/12/2017. “O método de colocação em veículo utilizado por suspeito da prática de furtos qualificados, de localizador GPS, não sendo meio proibido de prova nos termos do artigo 126º do CPP e 32º, nº8 da CRP, é admissível nos termos do artigo 125º do CPP, desde que devidamente autorizado e controlado judicialmente, por aplicação analógica do preceituado nas disposições conjugadas dos artigos 4º e 189º, nº2 do CPP.”. Na sua fundamentação firmou o aresto com base noutro do TC, Processo 486/2009: “[O] artigo 187º, nº1 CPP, ao permitir a interceptação e gravação das conversas ou comunicações telefónicas, permite também, inevitavelmente, o acesso a todos os dados de tráfego [remetemos para a Lei nº 41/2004 de 10 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva nº 2002/58/CE, do PE e do Conselho, de 12 de Julho e que veio considerar como *dados de localização* “quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um assinante ou de qualquer utilizador de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público (artigo 1º, alínea e)] inerentes à concretização dessa técnica de ingerência nas telecomunicações, onde se incluem os dados de faturação detalhada cobertos pelo sigilo das telecomunicações e a localização celular e, sendo, esses dados de tráfego apenas uma parte dos dados facultados pela realização de «escutas telefónicas», nada obstará, e até imporá a exigência que as técnicas de intromissão nas comunicações telefónicas se limitem à medida necessária para alcançar o objectivo de investigação criminal visado, que o acesso a esses dados de tráfego seja efectuado, dispensando a realização de uma «escuta telefónica» quando esta não se revele necessária aos fins da investigação.”. Já quanto à questão da autorização, mantendo a mesma matriz analógica da argumentação jurídica, considera este aresto que “[...] não faria sentido que apenas fosse sujeita a autorização judicial a localização celular através dos dados telefónicos e já não o fosse o acesso de dados de localização através do mecanismo de GPS, uma vez que se tratam de dados sensíveis, que dizem respeito à vida íntima e encontram-se no âmbito do direito fundamental à auto-determinação informativa. Nesta conformidade e sempre que esteja em causa a localização através da tecnologia GPS a mesma deve ser sujeita a autorização judicial, aplicando-se, por interpretação analógica, o disposto no artigo 187º do CPP.”. Neste sentido, *vide* Acórdão do TRL de 13-04-2016, Processo nº 2903/11.8TACSC.L1-3, (Relator Carlos Almeida). Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 08/12/2017.

²⁴⁴ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 08/12/2017.

Em suma, a posição que defendemos a este respeito é a seguinte: inadmissibilidade da aplicação analógica dos regimes jurídicos dos métodos ocultos já submetidos a norma habilitante, ao sistema de localização por via de GPS, por não respeitar as especificidades intrínsecas de cada um destes métodos poderia abrir margem a discricionariedades e desproporcionalidades. Ao invés, admitimos ser possível realizar, na ausência de regulamentação relativa ao sistema de geolocalização, uma interpretação extensiva quer da localização celular, quer das escutas telefónicas ao modelo GPS. Essa via teria desde logo uma vantagem acrescida de, em certo sentido, colmatar o vazio concernente à legislação aplicável ao sistema de geolocalização que, até ao momento e não obstante o contributo da jurisprudência, se encontra sob uma nebulosa desregulação. Por outro lado, estando esses meios ocultos já regulamentados, é de pressupor que contenham as correspondentes garantias processuais, nomeadamente no que concerne à restrição de direitos fundamentais, bem como o respeito pelos princípios dos juízos de proporcionalidade em sentido amplo, de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que pode constituir uma espécie de respaldo para que se torne praticável a construção de um sistema de garantias constitucionais e processuais no exercício de diligências de investigação criminal, visando examinar a informação armazenada no dispositivo de GPS. Além disso, não é suficiente a simples adequação entre a medida de geolocalização e o interesse pretendido, até porque o princípio da proporcionalidade também pressupõe que, face às situações concretas, existam meios com menor grau de intrusividade para a obtenção da finalidade máxima da investigação criminal. Por exemplo, o controlo através dos telemóveis é muito mais intrusivo, sendo que tais dispositivos podem ter neles instalados aparelhos de geolocalização. Já os aparelhos de radiofrequência são muito menos intrusivos do que o uso de GPS em dispositivos móveis inteligentes²⁴⁵. Para se equacionar o recurso aos dispositivos GPS é preciso uma aturada ponderação dos fins que verdadeiramente o justificam e, por exemplo, como veremos, em sede de direito laboral, é imperiosa a existência de um interesse legítimo do empregador justificativo da instalação de tais sistemas de geolocalização. É por isso que o simples crivo exclusivo sobre a idoneidade não é suficiente, porquanto é indispensável uma conjugação das três vertentes do princípio da proporcionalidade; tem de existir adequação, pertinência, não excessividade e necessidade estrita à finalidade pretendida e o controlo deve ser

²⁴⁵ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho (2016) *Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina. Disponível em [em linha] <https://books.google.pt>, consultado em 18/12/2017.

meramente temporário e não contínuo e permanente. Assim, por comparação com outros métodos ocultos já respaldados em lei habilitante, julgamos que o sistema de localização por via de GPS se afigura como um meio menos intrusivo e deve beneficiar, no que toca às relações laborais de uma prévia autorização da CNPD, de modo a que o efeito da utilização ilícita de meios de vigilância à distância não venha a invalidar a prova obtida, pois, como vincado no **Acórdão do TRE de 08-05-2014**²⁴⁶ conceder ao empregador a faculdade de saber a localização do trabalhador no seu tempo de descanso configura uma inadmissível exposição ao controlo do empregador que se alastra ao tempo e locais que não são de trabalho, mas tão-somente à vida privada do trabalhador. Tal como frisámos não se pode confundir interpretação extensiva e analogia, que se distinguem conceitualmente e praticamente: enquanto a primeira constitui um alargamento da letra da lei, a analogia é, fundamentalmente o alargamento do espírito da lei²⁴⁷. Concordamos com Duarte Nunes quando refere que a localização celular, atendendo à sua *ratio legis* pode ser interpretada extensivamente no sentido de permitir igualmente a localização por aparelhos de GPS e já a interpretação actualista faz cada vez mais sentido dadas as inovações tecnológicas e a sua utilização é admissível em matéria de métodos ocultos.

Já no que concerne especificamente aos aspectos do regime em vigor das escutas telefónicas que podem facultar, elementos importantes que deveriam constar da legislação (ainda inexistente) sobre o sistema GPS, destacamos, desde logo o **Acórdão do TRP de 21-03-2013** onde surge que: “A localização através da tecnologia GPS está sujeita a autorização judicial [algo que defendemos como sendo urgente], aplicando-se, por interpretação analógica, o disposto no artigo 187º do CPP”. É importante, neste contexto, proceder à delimitação do próprio conceito de escuta telefónica, tendo em conta os elementos típicos do seu regime tal como plasmados no artigo 187º CPP e que nos permitem fazer deles uma interpretação extensiva para o sistema de GPS:

a) As escutas telefónicas constituem um método de obtenção de prova ou, nas palavras de Germano Marques da Silva: “[...] são instrumentos que se servem as autoridades judiciais para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandum*, são instrumentos para recolher no processo esses

²⁴⁶ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 17/12/2017.

²⁴⁷ TELLES, Inocêncio Galvão (2010) *Introdução ao estudo do Direito*, Vol. I. 11ª ed. – Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, pp.261-262.

instrumentos.”²⁴⁸; b) só podem ser autorizadas pelo JIC; c) só podem ser realizadas e autorizadas durante a fase do inquérito; d) estão sujeitas a um período temporalmente limitado; e) têm de ser mostrar indispensáveis para a descoberta da verdade ou para a prova; f) têm de fundamentar-se num delito catalogar²⁴⁹. À exceção do nº 2, julgamos que, por interpretação extensiva, todas estas características são aplicáveis a um futuro regime legal regulador do modelo GPS. Já quanto à questão da prévia autorização pelo JIC, julgamos que deve ser um elemento fortemente atendível aquando da feitura da lei habilitante do sistema de localização por via de GPS. Apoiamo-nos, nomeadamente, nesse mesmo **Acórdão do TRP de 21-03-2013**, em cujo aresto é afirmado, no âmbito de uma equiparação entre a localização através de localizador GPS e a localização celular, o seguinte:

“[...] não faria sentido que apenas fosse sujeita a autorização judicial a localização celular através de dados telefónicos e já não o fosse o acesso a dados de localização através do mecanismo do GPS, uma vez que se tratam de dados sensíveis, que dizem respeito à vida íntima e encontram-se no âmbito do direito fundamental à auto-determinação informativa. Nesta conformidade e sempre que esteja em causa a localização através da tecnologia GPS a mesma deve ser sujeita a autorização judicial, aplicando-se, por interpretação analógica, o disposto no artigo 187º do CPP”.

Acrescentamos ainda uma outra característica das escutas telefónicas, a saber: a ingerência nas telecomunicações só é permitida nos casos legalmente previstos e em sede de processo criminal (artigo 34º, nº4 da CRP), não sendo admitidas escutas telefónicas de cariz preventivo. Todavia, da nossa análise do GPS consideramos que essa natureza preventiva pode estar presente no sentido da prevenção de crimes, conquanto essa prevenção, que se pode justificar pelo grau pouco intenso de intrusividade, não pode ser arbitrária ou indiscriminada, já que deve ter subjacente fundadas suspeitas, embora tal não seja perfeitamente claro em termos de Direito Laboral, sendo aqui a destriça a fazer a seguinte: nas escutas telefónicas urge que estejamos face a um crime consumado ou, pelo menos, de tentativa punível, enquanto

²⁴⁸ SILVA, Germano Marques da (2008), *Curso de Processo Penal II*, 4ª ed., Lisboa, Editorial Verbo, p. 233.

²⁴⁹ RODRIGUES, Cláudio Lima (2013) *Dos Pressupostos Materiais de Autorização de uma Escuta Telefónica*. Portal Verbo Jurídico. Disponível em [em linha] http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_autorizacaoescutatelefonica.pdf, consultado em 26/10/2017, p. 5. “A propósito da necessidade de a medida de interceptação das telecomunicações ter de ter por base um delito catalogar, devidamente especificado, se pode falar num princípio de especialidade da investigação, tendo por escopo evitar que a decisão que determina a adopção da medida vise empreender rastreios indiscriminados de cariz preventivo e aleatórios sem base fáctica prévia da comissão de um delito catalogar.”. *Idem. Op Cit.*, p. 6.

que no sistema de localização por via de GPS é possível inseri-lo no contexto da prevenção criminal, consoante a situação concreta, quando tem como propósito obter uma *notitia criminis*, ou seja, evitar o cometimento de crimes já planeados ou mitigar as suas consequências para as vítimas. Isto é:

“[...] obter informações [...], relativamente a crimes que possam vir a ser cometidos no futuro, facilitem a sua investigação e as informações de *intelligent* acerca do modo de funcionamento de determinadas formas de criminalidade (desde logo, o *modus operandi* das organizações criminosas). Assim, a prevenção criminal inclui a prevenção criminal *ex se* (v.g. obter uma *notitia criminis* ou informações que possam ser úteis na investigação futura de crimes) e a prevenção de perigos (evitar o cometimento de crimes ou minimizar os seus efeitos para as vítimas [...])”²⁵⁰.

De facto, o pressuposto basilar para a realização de uma escuta telefónica é a existência de um processo penal em concreto, no sentido em que o mesmo já esteja em curso, o que resulta do artigo 34º, nº4 da CRP e, implicitamente do artigo 187º, nº1 do CPP, ao estabelecer que este método de obtenção de prova apenas pode ser autorizado na fase de inquérito. Resta referir que a competência para requerer e autorizar a medida do recurso a este método de obtenção de prova, é atribuída por Lei ao MP (artigo 187º, nº1 do CPP) significando que não pode o JIC autorizar uma escuta telefónica por iniciativa própria, nem a requerimento dos demais sujeitos processuais, na medida em que é ao MP que cumpre a direcção do inquérito (artigo 263º, nº1 do CPP). Por essa mesma razão, julgamos que numa futura Lei disciplinadora do modelo de GPS também a competência deveria ser do MP e no que concerne à competência decisória, tal como ocorre no regime das escutas telefónicas, esta deverá ser atribuída ao JIC titular do processo, no sentido em que este avulta como protector dos direitos, liberdades e garantias dos sujeitos processuais afectados por medidas restritivas dos mesmos. Sobre o JIC imponderia também o dever de fundamentação, tal como resulta dos artigos 187º, nº1 e 97º, nº5 do CPP e ainda do artigo 205º, nº1 da CRP, justamente porque é ele o guardião das medidas restritivas de direitos fundamentais, conquanto, tal como defendemos, o GPS não constitua uma medida extremamente restritiva de direitos fundamentais e, portanto, não acarretando uma intensa danosidade social, seja quanto aos bens jurídicos afectados, seja quanto aos potenciais sujeitos que vão ser alvo da instalação dos dispositivos de geolocalização.

²⁵⁰ NUNES, Duarte Rodrigues (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 308.

Em suma, defendemos a admissibilidade do sistema de localização por via de GPS, enquanto método oculto de investigação criminal, por via da interpretação extensiva e actualista e, quantos aos requisitos, fundamentos e limites, sufragamos a interpretação analógica do regime das escutas telefónicas que poderão constar da futura norma habilitante do sistema de GPS.

4.3. Tudo aquilo que deveria constar de regulamentação, mas a que o legislador não deu resposta

Defendemos a necessidade de uma lei expressa²⁵¹ atinente ao sistema de localização por via de GPS, a qual deve necessariamente traçar balizas quanto à sua intrusividade e parametrizar a sua utilização enquanto meio de obtenção de prova em processo penal, até porque uma legislação nesta matéria dará um contributo decisivo para impedir arbitrariedades no entendimento da liberdade de aquisição probatória ou não taxatividade dos meios de prova. Neste sentido, sublinhamos a seguinte perspectiva:

“No campo de tensão entre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que se amplificam em quantidade e densidade e a emergência das novas formas de agressão possibilitadas pelo crescente progresso científico e tecnológico, em particular nos domínios das telecomunicações e da genética, esta é uma lição a ter sempre presente - «só uma lei expressa e determinada, reportada à técnica em causa definidora do seu círculo de invasividade pode legitimar a sua utilização como meio de obtenção de prova em processo penal» e é tudo menos uma lição inócua, pois constitui um elemento essencial na determinação do sentido e alcance da tão decantada liberdade de aquisição probatória ou não taxatividade dos meios de prova.”²⁵²

Se pensarmos, por exemplo, na matéria concernente às relações laborais e no caso da videovigilância, a legislação que venha a ser adoptada não pode deixar de ser a

²⁵¹ Também Costa Andrade defende a necessidade de constituição de novos regimes processuais, entre os quais se inclui a legislação do sistema de localização por GPS, no sentido de, no que respeita aos meios ocultos de obtenção de prova em que se integra o GPS, não ocorram integrações atípicas, exigindo, com vista à clareza, determinabilidade, compreensão e vinculação teleológica que o legislador se encarregue de positivar os parâmetros processuais de aplicação de modo a mitigar a excessiva limitação de direitos fundamentais e para garantir os direitos de defesa dos visados pelas medidas investigatórias. ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 86.

²⁵¹ SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), pp. 590-591. A este propósito, PEREIRA, Bruno que: “Condena desta feita o legislador torpe em relação à integração de novas modalidades tecnológicas de investigação, fomentando a criação e alargamento de lacunas facilmente preenchíveis sob o primado da reserva de lei.”. (2016) *O sistema de geolocalização GPS no Processo Penal Português. Visão integradora ou atípica no quadro dos meios de obtenção de prova*, Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, p.87.

²⁵² ANDRADE, Manuel da Costa (2009) *Bruscamente no verão passado*, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 86.

menos intrusiva possível e deverá constituir uma vigilância de cariz mais genérico do que uma vigilância com efeitos directos nos postos de trabalho, para evitar que a instalação de tais sistemas nos locais de trabalho implique, de forma desproporcionada, a restrição do direito da reserva da vida privada. Assim sendo, a Lei em falta deverá ter em linha de conta que tais sistemas só terão efectiva legitimidade quando forem necessários para a prossecução de interesses idóneos e enquadrados nos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade²⁵³. Da mesma forma Pedro Romano Martinez²⁵⁴ defende que:

“[...] qualquer decisão sobre a realização de controlo²⁵⁵ à distância da actividade laboral deve ser criteriosa, evitando-se que os benefícios que o empregador pretende obter sejam desproporcionados em relação ao grau de lesão que vai ser causado à privacidade das pessoas.”²⁵⁶.

Todavia, discordamos da posição defendida por Cruz²⁵⁷ por assumir uma perspectiva radical face à lesividade do uso do GPS, que, aliás, iguala a todos os outros meios ocultos de investigação e defende que o legislador, ao não ter previsto até à presente data o uso do GPS é porque o fez de forma deliberada, considerando que o conjunto de possibilidades franqueadas pela Lei Processual Penal, bem como a legislação extravagante basta para a edificação de uma investigação sólida e eficiente. Ora, não podemos concordar com esta ideia defendida por este autor, porquanto ignora vantagens muito significativas que advirão de uma regulamentação consistente por parte do legislador, uma vez que somos favoráveis à urgência da consagração legislativa do modelo de localização por meio de GPS. Por conseguinte, o argumento aduzido pelo mesmo autor não se configura como suficiente para a contrariar o facto do sistema de geolocalização constituir um meio oculto de investigação criminal. Além disso, não concordamos nem com a sua inadmissibilidade enquanto meio oculto de investigação,

²⁵³ Isso mesmo ficou firmado no Acórdão do STJ de 08-02-2016. Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 20/12/2017.

²⁵⁴ MARTINEZ, Pedro Romano (2003) *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra: Almedina.

²⁵⁵ “A importância do poder de vigilância ou controlo do trabalhador é posta em evidência sobretudo pela doutrina italiana, que configura este poder ou como uma componente do poder directivo ou em moldes autónomos. [...] sustenta-se o tratamento deste poder de vigilância como componente do poder directivo e do poder disciplinar: é um corolário natural do primeiro e um pressuposto essencial do segundo.”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (2012) *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, p. 102.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ CRUZ, R. M. F. S. (2015) *Sobre a admissibilidade da localização por GPS como meio de obtenção de prova atípico em Processo Penal*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Forenses. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

nem tampouco com a inadmissibilidade das provas produzidas por intermédio da sua utilização. Nesta mesma linha, Santos Cabral defende:

“A necessidade de codificação deriva desde logo da forma desordenada como o legislador trata os meios de obtenção de prova, de forma dispersa e sem articulação. Enquanto uns (v.g., escutas telefónicas e outros legalmente equiparados) estão regulados no Código de Processo Penal, outros estão dispersos por diplomas extravagantes, como por exemplo, os agentes encobertos (Lei 101/2001 de 25 de Agosto), os registos fotográficos (Lei nº5/2002 de 11 de Janeiro), a videovigilância (Lei nº1/2005 de 10 de Janeiro) ou os exames de ADN (Lei nº5/2008 de 12 de Fevereiro).”²⁵⁸.

Além disso concordamos com a perspectiva aventada pelo **Acórdão do TRE de 07-10-2008**²⁵⁹, segundo a qual quando em Agosto de 2007 por via da Lei nº 48/2007 de 29 de Agosto se aperfeiçoou a individualização e o acautelamento do uso de variados mecanismos electrónicos, o legislador “[...] não podia desconhecer a existência do localizador de GPS e as virtudes da sua utilização na investigação criminal. Não obstante, nada regulamentou sobre a sua utilização, nem os proibiu”. Ademais:

“Tomado no seu conjunto, o direito português dos meios ocultos de investigação caracteriza-se pelas lacunas e discontinuidades, incongruências e inconsistências e, sobretudo, por insustentáveis contradições e assimetrias normativas, axiológicas e político-criminais. São, por exemplo, frequentes e comuns as situações em que se faz depender o recurso a um dado meio ao oculto de um conjunto de pressupostos ou requisitos mais largo e exigente do que aqueles de que depende a admissibilidade de um outro meio comparativamente menos gravoso e invasivo. E, por isso, em clara e frontal violação do princípio constitucional de *proporcionalidade*.”²⁶⁰.

Assim sendo, julgamos que o legislador de 2007 acabou por perder uma oportunidade para criar estabilidade jurídica e aproximar-se dos avanços imparáveis das

²⁵⁸ CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 431. O mesmo autor cita, a este propósito, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 12 de Abril de 2005: “Em virtude das alterações tecnológicas derivadas da sociedade de informação, instrumentos potencialmente perigosos para os direitos fundamentais, o legislador tem de observar com atenção os desenvolvimentos tecnológicos e, em caso de urgência, intervir através de legislação complementar.”. E adianta o autor que: “Na verdade, o aparecimento constante de novas técnicas de investigação implica também novas oportunidades de prevenir a prática de crimes que colocam em perigo valores e bens essenciais.”. *Ibidem*.

²⁵⁹ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 20/12/2017.

²⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 109.

²⁶⁰ Manifestamos, assim, concordância com o seguinte ponto de vista: “É pena que o legislador português não se tenha proposto estugar o passo no sentido de tentar acompanhar, mesmo que à distância, o modelo de que louvavelmente se reivindica. [...] havia, em primeiro lugar, que outorgar foros de cidadania aos diferentes meios ocultos de investigação, assegurando a todos o sancionamento positivado no ordenamento processual penal pátrio, resgatando-os, assim, do limbo de quase clandestinidade e de menor respeitabilidade com que, em geral, têm sido encarados.”. *Idem. Op. Cit.*, pp. 109-110. Contudo já não concordamos com este autor quando assevera que: “Havia, em segundo lugar, que garantir a efectiva e drástica redução da sua utilização.”. *Idem. Op. Cit.*, p.110.

tecnologias e regular todos os meios ocultos de investigação criminal de uma forma sistemática e não apenas dispersa em articulados de leis extravagantes²⁶¹. Igualmente P.P. Albuquerque²⁶² advoga a necessidade de o legislador concretizar um regime habilitante destacando que os meios ocultos de investigação não podem eximir-se à reserva de lei.

Com efeito, não descuramos que um pressuposto essencial para o recurso aos métodos ocultos de obtenção de prova é justamente a sua necessária consagração legal, por via do princípio da reserva de lei. O próprio TEDH tem insistido nesta questão ao considerar que “A reserva de lei constitui um pressuposto formal do princípio da proporcionalidade e, em consequência, necessário à concepção do princípio da legalidade num Estado de Direito Democrático, que consagre o princípio da supremacia da lei.”²⁶³. Aliás, foi essa concordância com a Lei um dos argumentos utilizados pelo TEDH no caso *Uzun vs Alemanha* de 02 de Setembro de 2010. Desta forma, um dos modos de expressão e actualização da reserva de lei é o denominado catálogo de infracções cuja perseguição é susceptível de legitimar os vários meios ocultos de investigação criminal. Um tal catálogo deve ser concebido segundo critérios de

²⁶¹ Este mesmo autor expõe um problema relevante e controverso a propósito desta matéria, a saber: “As leis existentes não podem com efeito, ser encaradas como uma espécie de «normas penais em branco», marcadas pela plasticidade e abertas à subsunção dos novos meios técnicos de invasão e devassa. A este propósito, verifica-se uma inultrapassável assimetria entre: por um lado, a tendência expansiva dos direitos fundamentais, a partir do matricial *direito geral de personalidade* ou da autonomia e dignidade pessoal; e por outro lado, as formas legítimas de intromissão ou devassa.”. *Idem. Op. Cit.*, p. 113, dando como exemplo o GPS, nos seguintes termos: “De forma assumidamente apodítica, o recurso a um novo meio técnico (oculto e invasivo) de investigação em processo penal (v.g., GPS) só é possível depois da prévia – explícita e autónoma – legitimação legal.”. *Ibidem*. Ora, discordamos desta posição extremada, pois na prática- como teremos oportunidade de elucidar ao longo deste trabalho de investigação – basta termos em conta um acervo já considerável de Acórdãos que vão no sentido da admissibilidade do recurso ao sistema de localização por meio de GPS, não obstante a sua falta de habilitação legal.

²⁶² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2009) *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica, p. 316.

²⁶³ Nesta linha remetemos para decisões como as seguintes: *Handyside vs Reino Unido* de 07/12 de 1976 ou *Huvig vs França* de 24/04 de 1990, entre muitos outros. Igualmente o TRL no seu **Acórdão de 20-11-2008** considerou que: “A existir ingerência nas telecomunicações, no quadro de previsão legal atinente ao processo criminal, carecerá sempre de ser compaginada com uma exigente leitura à luz do princípio da proporcionalidade [...]”. Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 17/12/2017. Ao propósito atinente à preocupação com a legislação dos sistemas de geolocalização, retemos a seguinte perspectiva aventada pela UNODC: “When regulating for tracking devices it is important that legislators bear in mind not only the use of tracking devices which can be covertly installed into or onto objects by authorities but also the use of technology which already exists in objects such as GPS in cars and mobile-phones. That is, any system of authorization should anticipate the use by law enforcement of tracking devices already existent in the suspect’s possession.”. UNODC- United Nations Office on Drugs and Crime (2009), *Current practices in electronic surveillance in the investigation of serious and organized crime*. New-York, United Nations Publication. Disponível em, [em linha] https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic_surveillance.pdf, consultado em 25/10/2017, p. 38.

proporcionalidade, quer no sentido da gravidade delitual como das exigências criminalísticas da sua investigação. Por tal razão, não seria convergente com os requisitos constitucionais um quadro normativo que viesse autorizar a utilização de um determinado método oculto especialmente intrusivo para a investigação de um crime relativamente benigno. Até por vias disso, consideramos que uma habilitação legal do método oculto do sistema de localização por via de GPS faria todo o sentido para os casos em que se pudesse utilizar meios menos gravosos e invasivos do que outros. Como referimos *supra*, a futura legislação sobre esta matéria deveria ter em conta que a admissibilidade do meio ficaria dependente de uma verificação *in concreto* de uma suspeita fundada da ocorrência da infracção²⁶⁴. Por outro lado, através de uma graduação expressa nessa legislação a haver, deveria constar a concepção segundo a qual o recurso a meios ocultos não deve realizar-se quando seja possível alcançar os mesmos resultados de investigação com a aplicação dos meios ditos *descobertos*, conquanto o sistema de localização por via de GPS, embora oculto, é pouco gravoso quando comparado inclusive com esses métodos *descobertos*. Um dos argumentos que pretendem legitimar a falta de legislação, como antes aludimos, do regime jurídico do sistema de localização por via de GPS prende-se com um silêncio deliberado do legislador quando legislou inclusive sobre outros métodos ocultos propiciados pelos avanços tecnológicos²⁶⁵. Contudo, não podemos acolher uma tal argumentação,

²⁶⁴ “Terá de tratar-se de uma suspeita baseada em *factos concretos* e definida segundo limiares de plausibilidade ou probabilidade, graduados – v.g., suspeita simples, suspeita forte, etc – em função do potencial de devassa do meio.” ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 144. O mesmo autor refere ainda a questão da autoridade competente (assunto que também já clarificámos *supra*) nos seguintes termos: “[...] o juízo de suspeita há-de reportar-se ao momento em que a autoridade competente decide sobre a autorização ou recusa da medida.”. *Ibidem*.

²⁶⁵ Nesta linha exegética: “Não se pode sequer pensar que o legislador não tinha conhecimento de tais *métodos ocultos da obtenção da prova*, pois isso seria o mesmo que passar-lhe um atestado de menoridade, ignorância ou distração que se afigura incompatível com o seu estatuto de legislador omnisciente, insuspeitamente descarregado no artigo 9º, nº3 do CC português. Todavia, mesmo nos ditos «*intervalos lúcidos*», o legislador abordou a matéria de forma inconsistente e foi revelando um grande e confrangedor desconhecimento da evolução técnico-científica entretanto ocorrida e das mais decantadas soluções que na matéria se vai encontrando nos países do nosso enterno sócio-histórico-cultural [...] Não se ignora que as dificuldades de regulamentação dos *métodos ocultos* não eram pequenas, mas isso não pod(ia) e justificar a inércia do legislador nessa matéria [...] Embora se reconhecesse existirem *dúvidas e incertezas* sobre os caminhos a percorrer, o certo é que o legislador reformador de 2007 não se «meteu a caminho» - e exigia que se metesse a caminho, já que a «*caminhar se faz o caminho... da vida*» -, escudando-se nas referidas dificuldades e «complexidade problemática», muito embora a doutrina (e a jurisprudência) já lhe fossem fornecendo, *aqui e ali*, com maior ou menor valia, portos seguros, «lugares seguros de passagem de algumas linhas e sentidos de progressão» que não foram «(per)seguidos e percorridos» ou sequer «conhecidos». RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, pp. 39-40. O mesmo argumento é utilizado por CRUZ, R. M. F. S.

porquanto o que, no nosso entender, sucedeu foi uma inércia da parte do legislador, não esquecendo que a realidade criminal avança mais rapidamente do que o poder legiferante que, segundo Alberto Medina de Seïça, citando os escritos de El Rei D. Pedro V, afirma que:

“[...] já não podem «argumentar [os legisladores] do presente para o porvir»: confrontado com novos tipos de criminalidade sobretudo organizada e transnacional em que impera uma «cultura de supressão da prova» e para os quais os instrumentos tradicionais parecem não conseguir dar resposta eficaz.”²⁶⁶.

Ademais, uma legislação avisada sobre esta matéria daria um inequívoco contributo para o dilema central no que a esta problemática diz respeito, ou seja, a divisão “[...] entre o fascínio da eficácia repressiva a qualquer custo e os excessos de um nominal e estiolante garantismo que perverte a matriz acusatória de que se reclama.”

²⁶⁷.

Lamentamos, pois que a reforma do processo penal de 2007 não tenha procedido a uma exaustiva regulamentação dos métodos ocultos de investigação criminal, em nome da sistematicidade e da uniformidade, o que evitaria, designadamente que, na prática tais meios de obtenção de prova continuem a ser utilizados à margem da legalidade e inclusive dos princípios fundantes de um processo penal típico de um verdadeiro Estado de Direito Democrático orientado para a necessidade de protecção mais elevada dos direitos mais fundamentais dos seus cidadãos ²⁶⁸.

Em suma, eis alguns dos elementos que deveriam constar em regulamentação a propósito do sistema de localização por via de GPS:

(2015) *Sobre a admissibilidade da localização por GPS como meio de obtenção de prova atípico em Processo Penal*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Forenses. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

²⁶⁶ SEIÇA, Alberto Medina de (2003) – “Legalidade da Prova e Reconhecimentos “atípicos” em Processo Penal: Notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Org. por Manuel da Costa Andrade. Coimbra Editora, p. 1388.

²⁶⁷ *Idem. Op. Cit.*, pp. 1389-1390.

²⁶⁸ Esta crítica é radicalmente formulada por Benjamin Silva Rodrigues: “Ninguém ignora que cada vez é maior a tentação de usar, em abono de taxas de eficiência (policial ou judiciária), em matéria de perseguição criminal, métodos ocultos de investigação criminal, sejam eles já clássicos, e conhecidos, ou novos e parcialmente desconhecidos (*agentes provocadores*, «*homens de confiança*», *videovigilância*, «*espionagem informática*», «*buscas on-line*», *fotografia ou gravações sub-reptícias*, *microfones à distância*, *gravações ambientais* [...] *localização e rastreamento por via de GPS* [...] Importa, ainda, não ignorar que há outros meios de obtenção da prova que, apesar de «não ocultos» - por que conhecidos -, aparecem nas margens obscuras da legalidade já que são usados de forma *desleal e enganosa* («às *ocultas*»), à margem dos grandes princípios estruturantes do processo penal típico de um verdadeiro Estado de Direito democrático.”. RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p. 38.

- a) Edificar um regime tipificado, à semelhança do que acontece no ordenamento jurídico alemão que se firma na tipicidade dos meios de investigação criminal e vigilância, de maneira a mitigar os excessos na perseguição penal;
- b) Autonomizar este método oculto de investigação relativamente ao regime dos demais, inclusive já regulamentados como é o caso das escutas telefónicas e da localização celular, entre outros, configurando-lhe um regime próprio, enquanto meio de produção de prova e de localização geográfica;
- c) Existência de uma reserva de lei que determine com exactidão as condições de utilizabilidade segundo os ditames da previsibilidade e determinabilidade à luz do artigo 8º, nº2 da CEDH com vista a não restrição de direitos, tal como sucede no ordenamento jurídico francês;
- d) Estipular uma cláusula aberta que permita o recurso a instrumentos funcionalmente habilitados ao fornecimento de dados de geolocalização, à semelhança do que fora proscrito no Acórdão do TEDH, caso Uzun vs Alemanha: a tipicidade não impõe uma redacção exaustiva de todos os meios subsumíveis na cláusula aberta, isto é, de meios funcionalmente aptos para o escopo teleológico da norma, antes deve o regime respeitar a condição de *foreseeability*, o que vai ao encontro do artigo 8º, nº2 da CEDH;
- e) Consagrar uma legislação susceptível de assegurar o primado da tipicidade de forma, com vista à clareza na identificação dos bens jurídicos ou direitos fundamentais envolvidos e adequada definição dos potenciais níveis de sacrifício a impor aos mesmos;
- f) Densificação e transparência da noção de interesse público, bem como um maior controle democrático (inclusive pela actuação dos Tribunais) destas novas tecnologias utilizadas em sede de investigação criminal em atenção ao princípio da proporcionalidade;
- g) Previsão e prescrição precisa e clara do fundamento, fim e limites da intromissão;
- h) Existência de um catálogo de infracções justificativas do recurso ao método de localização por via de GPS;
- i) No seguimento do ponto anterior, traçar um quadro de utilização deste método oculto a um domínio restrito de crimes fixados, por exemplo como acontece na ordem jurídica francesa que possui um universo de crimes delimitados que permitem o seu recurso em sede investigatória, sobretudo em sede de

criminalidade especialmente violenta, como sejam a criminalidade organizada e o terrorismo, mas também no seio da média criminalidade, perturbadora da paz jurídica e susceptível de lesar o sentimento de segurança jurídica da comunidade, como aliás, previu o ordenamento jurídico alemão;

- j) Parametrização do grau de necessidade do recurso a este método oculto;
- k) Necessidade de existir um grau de suspeita, mesmo para quem entenda (caso de Duarte Nunes) que será suficiente a existência de uma suspeita inicial objectivável;
- l) Clarificação da entidade competente para autorizar o recurso a este método oculto de investigação criminal no decurso da investigação criminal. No caso do ordenamento jurídico português, tal competência deverá incumbir ao MP ou ao JIC, à semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico francês, através da Lei 372/2014 que veio aceitar como válida a geolocalização autorizada pelo MP - sendo depois reavaliada pelo juiz das liberdades e da detenção, designadamente nas situações de *periculum in mora* e para crimes a partir de 5 anos -, durante um prazo de três meses). Já a ordem jurídica italiana não faz depender o recurso a este método de localização de uma autorização via *decreto autorizzativo* do MP. No ordenamento jurídico espanhol, a autorização poderá ser levada a cabo pela polícia, sem necessidade de consentimento da autoridade judicial, orientação com a qual discordamos, sob pena de permanecer um amplo espaço para o desrespeito do princípio da proibição do excesso bem como de arbitrariedades e onde ficam menos salvaguardados os riscos de invasão da privacidade o que, aliás, vem na linha do entendimento do TEDH no caso Uzun vs Alemanha ao considerar que o labor legislativo deve ser o mais clarificador possível de maneira a não deixar oportunidade conducente ao recurso arbitrário, promovendo, dessa forma, uma blindagem garantista, daí a necessidade de fixar a competência para a autorização no MP e ainda do JIC como instâncias avalizadas para a validação ou não do recurso a este método;
- m) Concretização do limite temporal, que deverá perdurar pelo prazo estritamente necessário, isto é, pelo mínimo possível;
- n) Regulamentar a questão do consentimento dos indivíduos alvo deste método, firmando a desnecessidade de um consentimento, sobretudo em matéria laboral quando os dispositivos de geolocalização sejam introduzidos em viaturas de forma lícita e com autorização da CNPD, embora no Acórdão Moreno vs USA

de 11 de Fevereiro de 2010, o Tribunal tenha declarado ilegítima a utilização de um dispositivo de GPS colocado numa viatura quando este se encontrava parqueado de frente à habitação de um suspeito de tráfico de estupefacientes;

- o) Delimitar o universo de visados a suspeitos, vítimas, intermediários ou outras pessoas sobre quem existe uma forte probabilidade de contactarem com o suspeito ou, através delas, se conseguir saber o paradeiro do suspeito²⁶⁹, conquanto em ordens jurídicas como a alemã, a espanhola e a francesa inexistam quaisquer catálogos de alvos, com a ressalva de que no caso alemão, o grau de subsidiariedade é mais exigente nos casos em que o visado é um terceiro do que naqueles em que o visado é o arguido ou o suspeito;
- p) Limitar a utilização dos conhecimentos fortuitos no sentido de direccionar teleologicamente o método para a informação com relevo probatório para o processo em curso, para o *thema probandum*: “É o potencial de demonstração de elementos profundamente reveladores da personalidade do visado que, em última análise, justifica a tutela acrescida e, consequentemente, impõe uma limitação do grau de ingerência e do conteúdo a recolher.”²⁷⁰.
- q) A não destruição dos dados recolhidos através da geolocalização, em virtude de poderem vir a ser úteis à defesa.

Por conseguinte, aquilo que defendemos é a necessidade de o sistema de localização por via de GPS estar alocado a uma previsão legal, com o fito de evitar um total controlo dos movimentos dos cidadãos, o que contenderia com a dignidade da pessoa, com o direito à liberdade deambulatoria e com o direito à reserva da vida privada e familiar à luz dos artigos 1º, 18º, nº2 e 25º e 26º da CRP.

Capítulo V: A admissibilidade da obtenção de dados de localização por meio do sistema GPS à luz da jurisprudência

5.1. Análise de alguns dos Acórdãos mais significativos nesta matéria: seus contributos para esta problemática

Consideramos especialmente relevante este capítulo, porquanto, na falta de legislação relativamente à matéria sob análise, tem sido, predominantemente o labor

²⁶⁹ PEREIRA, Bruno de Carvalho (2016) *O sistema de geolocalização GPS no Processo Penal Português. Visão integradora ou atípica no quadro dos meios de obtenção de prova*, Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, p. 143.

²⁷⁰ RAMALHO, David Silva (2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

jurisprudencial (a par da doutrina) que mais tem contribuído para o adensamento da problemática da admissibilidade da obtenção de dados de localização por meio de sistema GPS. Iremos debruçar-nos na análise de alguns Acórdãos mais emblemáticos em favor da posição que defendemos neste trabalho de investigação, com especial enfoque na jurisprudência nacional, mas não deixando de dar conta de alguns arestos relevantes do TEDH. Referimos à partida que o contributo dado pela jurisprudência no que a esta temática diz respeito tem sido decisivo, não só quando incide em matéria penal como também quando se reporta à matéria laboral e disso daremos conta. Sem contudo procedermos a um aprofundamento, não deixaremos de referenciar dois Acórdãos que vão no sentido inverso à nossa defesa da admissibilidade deste método oculto de obtenção de prova.

Matéria Laboral

O **Acórdão do TRG de 03-03-2016**, Processo 20/14.7T8VRL.G1, (Relator Manuela Fialho),²⁷¹ pronunciou-se sobre a utilização de um equipamento de GPS num veículo cuja finalidade era a de controlar o trabalho do A., sendo que a entidade patronal alegou que:

“ Sem o GPS a R. teria muita dificuldade em verificar: i) o (in)cumprimento do exercício de funções; (ii) o (in)cumprimento do horário de trabalho; iii) o (in)cumprimento do local de trabalho e dos locais de visita efectuadas; iv) os quilómetros percorridos a título profissional e a título particular.”.

Tendo o tribunal dado como provado, contra o requisito da indispensabilidade ou da necessidade, que R. mesmo antes da instalação dos aparelhos de GPS já conseguia controlar a actividade desenvolvida pelos seus funcionários recorrendo a outros meios, “[...] o que revela que a tecnologia do GPS não é indispensável qualquer poder de direcção e fiscalização por parte da entidade empregadora.”. Mais acrescenta o aresto que a recorrida mandou instalar, após avaria não dolosa da parte do funcionário do primeiro GPS, um segundo GPS no veículo, sem disso ter dado qualquer conhecimento ao recorrente. Da factualidade dada como provada considerou o Tribunal não existir prova suficiente que permitisse concluir pelo incumprimento das ordens quanto ao horário, local, visitas e declaração de quilómetros particulares por parte do recorrente e que este não adoptou nenhuma conduta susceptível de fundamentar o seu

²⁷¹ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 09/12/2017.

despedimento com justa causa²⁷². Relativamente ao GPS, considerou o Tribunal que a sua utilização era violadora dos mais elementares direitos e garantias dos trabalhadores, nomeadamente do ponto de vista constitucional, alegando que:

“[...] o sistema de GPS permite apurar a localização exacta, em momento determinado, do veículo e da pessoa que nele se desloca, pelo que deve ser considerado um mecanismo de vigilância à distância, passível de interferir com o constitucionalmente consagrado direito de reserva da intimidade e da vida privada (artigo 26º da CRP) e enquadrado no regime consagrado pelos artigos 20º e 21º do CT. Na verdade, sendo um mecanismo de controlo à distância é proibida a sua utilização para verificar o desempenho profissional do trabalhador (artigo 20º, nº1 do CT) e para a verificação do cumprimento de qualquer contrato, designadamente o de trabalho [...]”.

Mais acrescenta o aresto, recorrendo à Deliberação nº 7680 de 2014 da Comissão Nacional de Protecção de Dados segundo a qual:

“[...] as potencialidades de localização de GPS têm de ser compatibilizadas com os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, principalmente nos casos em que a viatura de serviço pode ser utilizada pelo trabalhador a título pessoal [...] permitindo apenas a utilização do aparelho GPS em casos de gestão de serviço externo, para as actividades de assistência técnica externa ou ao domicílio, distribuição de bens, transporte de passageiros, transporte de mercadorias, segurança privada ou para protecção de materiais perigosos e de valor elevado.”.

Considerou o Tribunal que tal meio de vigilância à distancia é intrusivo da vida privada e cuja reserva consubstancia um direito de personalidade (artigo 80º do CC) e ainda um direito constitucionalmente consagrada (artigo 26º da CRP) e que, como tal, “[...] em situação de conflito (artigo 335º do CC), sempre deve soçobrar o direito do empregador de dirigir e fiscalizar a actividade dos trabalhadores que contrata, em face daqueles direitos do trabalhador [...]”, acrescentando que: “[...] é ilegal, contrária à boa-fé e desprovida de qualquer sentido de ética e, outrossim, violadora dos direitos, liberdades e garantias a utilização que a recorrida faz dos referidos aparelhos.”. Ademais, viola o artigo 20º do CT que estipula que o empregador não pode usar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante emprego de equipamento tecnológico, com vista a controlar o desempenho profissional do trabalhador, se bem que o nº 2 do mesmo preceito estabeleça que “A utilização de um tal equipamento é, porém, lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens

²⁷² “Nos termos do artigo 351º, nº1 do CT, o despedimento por facto imputável ao trabalhador assenta necessariamente num comportamento do trabalhador que consubstancie uma situação de justa causa.”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (2012) *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II. 4ª ed. Coimbra: Almedina., p. 814. E mais adiante “A lei é particularmente exigente na configuração da justa causa para despedimento [...] é necessário que estejam preenchidos os requisitos do artigo 351º, nº1 do CT.”. *Idem. Op. Cit.*, p. 817.

ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.” Uma das questões relevantes com que nos interpela este aresto é a seguinte: estamos ou não em presença de um meio de vigilância à distância? O Tribunal, com base na Lei nº 67/98 de 26 de Outubro responde afirmativamente à questão, citando a Deliberação nº 1565 de 2015, estabelecendo que “[...] é evidente que os meios de georreferenciação em contexto laboral permitem o controlo à distância dos trabalhadores [...] Nessa medida constituem um meio de vigilância à distância e caem no âmbito da aplicação do artigo 20º do CT.”. Todavia, tal como evocado neste aresto não tem sido esse o entendimento que vem sendo adoptado pelo STJ, designadamente no **Acórdão de 13-11-2013** antecedido do **Acórdão de 22-05-2007** considerou que:

“O conceito de «meios de vigilância à distância» expresso no nº1 do artigo 20º do CT de 2009 está reportado aos equipamentos que traduzam formas de captação à distância de imagem, som ou audiovisual, microfones dissimulados ou mecanismos de escuta e registo telefónico. O dispositivo de GPS instalado pelo empregador, em veículo automóvel utilizado pelo seu trabalhador no exercício das respectivas funções, não pode ser qualificado como meio de vigilância à distância no local de trabalho [...] porquanto apenas permite a localização do veículo em tempo real, referenciando-o em determinado espaço geográfico, não permitindo saber o que faz o respectivo condutor.”.

Sufragamos esta perspectiva do STJ, no sentido em que para a matéria em discussão, o GPS não deve ser considerado como um meio de vigilância à distância, não sendo este, contudo o entendimento do TRG neste Acórdão, defendendo que:

“[...] o aparelho em questão é um meio de vigilância à distância que, estando a ser utilizado para controlar a actividade do trabalhador, é proibido. Deste modo, todas as provas obtidas pela utilização do mesmo e que se reportem ao controlo do desempenho profissional do trabalhador são ilícitas.”.

Em geral, concordamos com a decisão do TRG, conquanto não baseie a sua decisão, na inexistência do nexo de causalidade que justificasse o despedimento por justa causa, no modo como a prova é obtida, o que do nosso ponto de vista poderia ter feito, tal como ocorreu no **Acórdão do TRL de 13-04-2016**, Processo 2903/11.8 TACSC.L1-3, (Relator Carlos Almeida)²⁷³ que no seu considerando XXIV estabeleceu que:

“[...] não obstante o facto de a prova assim obtida não ter resultado da actividade dos órgãos de policia criminal, deve entender-se que é proibida a valoração dos registos obtidos através dos dois geolocalizadores instalados pela assistente nos seus veículos sem consentimento dos utilizadores dos mesmos, nem a autorização da CNPD. É o que resulta do artigo 32º, nº8 da CRP e do artigo 126º, nº3 do CPP.”.

²⁷³ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 15/12/2017.

Portanto, a entidade empregadora não poderia ter obtido a prova através dos geolocalizadores que instalou no veículo do funcionário, além do que prescindiu do seu consentimento para a utilização dos mesmos e tampouco pediu autorização à CNPD.

Ainda aprofundando a delimitação contida no artigo 20º do CT, é preciso, face ao nº2 do mesmo preceito, questionar que equipamento tecnológico poderá ser enquadrado nesta norma. Se atendermos ao nº3 deste artigo, tudo parece apontar tão-somente para a videovigilância, o que fica firmado, a título de exemplo no **Acórdão do STJ de 22-05-2007**, Processo 07S054²⁷⁴ é o seguinte:

“Embora a formulação literal do nº1 do artigo 20º do Código do Trabalho não permita restringir o âmbito da revisão daquela norma à videovigilância [...] por considerações sistemáticas e teleológicas, remete para formas de captação à distância de imagem, som ou imagem e som que permitam identificar pessoas e detectar o que fazem, quando e durante quanto tempo, de forma tendencialmente ininterrupta [...]”²⁷⁵.

Por conseguinte é nos artigos 20º e 21º do CT, atinentes aos meios de controlo à distância que julgamos ser de integrar o GPS. No que concerne à possibilidade de o empregador adoptar arbitrariamente medidas de controlo incidentes sobre os trabalhadores, defendemos que tal não é aceitável, até porque, de acordo com o artigo 20º do CT, fica interdita a possibilidade da entidade empregadora recorrer a esse tipo de meios num quadro de eficiência e, ainda, a faculdade de proceder a uma vigilância remota do trabalhador que extravase a dimensão patrimonial. Ou seja: colocar sistemas de geolocalização nos telemóveis dos trabalhadores são, cremos, ilegítimos, já que existe uma colisão grave do sigilo das comunicações e mesmo da privacidade. Na linha do Acórdão antes analisado, também o STJ no seu **Acórdão de 13-11-2013** e ainda no **Acórdão de 22-05-2007**, firmou uma posição de recusa do GPS enquanto meio de

²⁷⁴ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 12/12/2017.

²⁷⁵ “No entanto, a Deliberação nº 768/2014²⁷⁵ da CNPD pronunciou-se em sentido diverso, considerando que “iii) os avanços tecnológicos constituem um factor determinante para a modernização, a organização, o aumento da produtividade e competitividade das empresas, que simultaneamente podem ser utilizadas para potenciar um maior controlo dos trabalhadores em matéria de produtividade[...] iv) os dispositivos de geolocalização, como qualquer sistema de vigilância, envolvem restrições de direitos fundamentais pelo que, em casos de conflitos de direitos, as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses fundamentais, de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tripla vertente de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, implicando uma ponderação dos interesses fundamentais em conflito.[...] xi) a subordinação jurídica no âmbito da relação laboral, quando confrontada com a utilização de tecnologias e com o tratamento de dados pessoais do trabalhador, deve ser adequada às exigências legais atinentes ao regime de protecção de dados, assumindo particular relevância, nomeadamente, os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, da transparência e da boa-fé, bem como os direitos de informação, acesso e oposição.”.

vigilância à distância, sem no entanto estabelecer que a vigilância por intermédio de GPS constitua uma ofensa à privacidade do trabalhador, porquanto não se dirigir directamente à vigilância no domínio de acção dos trabalhadores, apenas permite saber onde se encontram ou se estão parados ou em circulação. Ao contrário do que defende Bruno Carvalho Pereira²⁷⁶ concordamos com esta perspectiva, pois pelos argumentos aduzidos pelo douto Tribunal inexistente uma ingerência sobre a privacidade. No entanto, defendemos que é importante que, atendendo ao grau mínimo de ingerência que ainda assim possa ocorrer, que ela teria de estar devidamente limitada e controlada, pelo que não podemos chegar à mesma conclusão deste autor a este respeito, porquanto o que advoga é uma natureza intrusiva do GPS na esfera privada e liberdade pessoal das pessoas, ainda que possamos concordar que tal matéria é credora de regulamentação, de modo a evitar o carácter duradouro que poderá transformar o mecanismo de geolocalização num instrumento arbitrário de invasão do núcleo de intimidade dos trabalhadores. Em sentido inverso a esta nossa posição, destacamos o **Acórdão do TRP de 05-12-2016**, Processo 20/14.8 T8AVR.P1, (Relator Domingos Morais)²⁷⁷, sustentando que a utilização do GPS enquanto equipamento electrónico de vigilância e controlo implica uma limitação do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, tal como consagrado no artigo 26º da CRP:

“[...] nomeadamente uma restrição à liberdade de movimento, integrando esses dados, por tal motivo, informação relativa à vida privada dos trabalhadores controlados. Mais considerou este Tribunal que os dados pessoais referentes ao trabalho não foram recolhidos de forma lícita, inviabilizando desse modo, a possibilidade da sua utilização enquanto meio de prova em sede procedimento disciplinar e respectiva impugnação judicial do despedimento.”.

Na fundamentação da decisão de facto a M.ma Juiz do Tribunal da 1ª Instância tinha considerado o seguinte:

“ [...] a R. definiu as regras para a utilização dos dados recolhidos pelo GPS e deu conhecimento das mesmas aos trabalhadores [...] e fez notificação devida à CNPD, sendo que, esta entidade chamada a averiguar [...] se a R. estava a actuar dentro do quadro normativo de protecção de dados, depois de fazer uma peritagem ao sistema e demais diligências que entendeu necessárias, concluiu não haver prova do contrário [...] pelo exposto entendemos ser lícita a instalação pela R. do sistema de GPS [...] bem como a utilização dos dados recolhidos para aferir do cumprimento por estes do respectivo período normal de trabalho e da

²⁷⁶ PEREIRA, Bruno de Carvalho *O sistema de geolocalização GPS no Processo Penal Português. Visão integradora ou atípica no quadro dos meios de obtenção de prova*. Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016, pp. 85-86.

²⁷⁷ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 12/12/2017.

veracidade das declarações [...] relativas aos locais ditados e aos quilómetros percorridos [...]”.

Além disso, o Tribunal reconhece a polémica tanto na doutrina como na jurisprudência acerca da interpretação do artigo 20º do CT, designadamente sobre o conceito de meios de vigilância à distância e que segundo Maria Regina Redinha contempla “[...] qualquer forma de controlo e/ou fiscalização à distância do trabalhador através de equipamentos técnicos”²⁷⁸, considerando que o conceito de meios de vigilância à distância integra a videovigilância. Posição diversa é assumida por Teresa Alexandra Coelho Moreira que considera que o poder de controlo pelo empregador, veiculado pelas novas tecnologias da informação e comunicação veio gerar novas situações de tensão entre o legítimo poder de controlo do empregador e os direitos fundamentais dos trabalhadores, concluindo o aresto que:

“A incidência das novas tecnologias nas relações laborais tem precisamente uma das suas manifestações mais visíveis nas novas dimensões que as mesmas podem ter na fiscalização da actividade laboral do trabalhador, o que cria a necessidade de proceder ao seu adequado enquadramento jurídico [tal como defendemos *supra*].”.

Mais acrescenta que não obstante estes meios, como o GPS, propiciarem variegadas vantagens para a relação de trabalho, há que forjar um conjunto de cautelas na sua aplicação, sob pena de uma destruição da liberdade pessoal dos trabalhadores e dos seus direitos fundamentais:

“Esta dimensão desumana do poder ao permitir um controlo potencialmente vexatório, contínuo e total, pode inclusivamente, comportar riscos para a saúde dos trabalhadores, tanto físicos como psíquicos, nomeadamente por saber ou sentir-se constantemente vigiado, o que pode provocar, *inter alia*, uma grande pressão psicológica e que poderá conduzir a casos de assédio moral e doenças como depressões e stress.”.

Assim sendo:

“[...] a geolocalização mediante a utilização de GPS pode ser utilizada com o objectivo de «protecção de pessoas e bens», mas não pode servir de meio de controle do desempenho profissional do trabalhador, uma vez que a respectiva utilização com esses objectivos comprime o direito à reserva da vida privada do trabalhador.”.

O que enfatizamos neste último aresto é que a entidade empregadora se submeteu e bem ao controlo prévio por parte de uma autoridade administrativa (a

²⁷⁸ REDINHA, Regina (2003) *Direitos de Personalidade – anotação ao Código do Trabalho de 2013*, Publicações online. Faculdade de Direito. Universidade do Porto. Disponível em [em linha] <http://www.cije.up.pt>, consultado em 15-09-2017, p. 11.

CNPD), respeitando o seu parecer vinculativo para a validação e integração da utilização do GPS, além do que obteve autorização do empregador para a instalação do equipamento de GPS, motivo pelo qual não vemos razão suficiente para considerar que ocorreu uma ingerência inadmissível na sua vida privada. Em vias disso, manifestamos concordância com a seguinte perspectiva propugnada pelo **Acórdão do TRE de 08-05-2014**, Processo 273/11.3 TTSTR.E, (Relator Paula do Paço)²⁷⁹, a saber:

“A circunstância da viatura ser propriedade do empregador que admitiu que a mesma seja utilizada, em termos pessoais, pelo trabalhador, não acarreta qualquer limitação à privacidade do mesmo, pois a vida pessoal ou privada deste, no período extralaboral, é algo que não pode ser limitado pela vontade do empregador ou pela criação de circunstâncias, por este, que levassem a tal limitação. Essa limitação só poderia ocorrer mediante autorização do trabalhador.”.

Já quanto à decisão da inexistência de justa-cause para o despedimento, a posição deste Tribunal é a seguinte:

“A instalação do equipamento GPS na viatura atribuída para uso total, sem que se tenha demonstrado, que, por essa via, o trabalhador foi controlado no período extralaboral, não é suficiente para que se considere que a atuação do empregador, apesar de ilícita, tornou imediata e praticamente impossível a manutenção da relação laboral, pelo que não se verifica a justa-cause de resolução do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador.”

Aliás, já a sentença proferida na 1ª Instância havia considerado que:

“Em relação ao direito à privacidade no trabalho, entende-se que não existe uma compressão excessiva e indevida, dado o nível mínimo de informação que o equipamento permite ao empregador conhecer, face às vantagens na segurança do património asseguradas.”.

Ademais, considerou que “a falta de autorização de instalação por parte da CNPD implica apenas a violação de uma norma administrativa, mas não configura qualquer alteração dos dados básicos das posições jurídicas entre o trabalhador e a empresa.”. Reagiu o trabalhador considerando que tinha justa-cause para o seu despedimento, já que a colocação do equipamento de GPS no veículo que lhe tinha sido atribuído para uso total, configurava uma ingerência e uma violação da sua privacidade, matéria regulada no artigo 16º do CT, mas também no artigo 26º da CRP e no artigo 80º do CC. Tal como consolidado na jurisprudência, a colocação de dispositivos de GPS constitui um afloramento do poder de direcção²⁸⁰ do empregador conquanto este tenha

²⁷⁹ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 12/12/2017.

²⁸⁰ Conquanto tal poder de direcção do empregador tenha de acomodar as garantias projectadas na defesa da individualidade dos trabalhadores, tal como referido no **Acórdão do STJ de 12-11-2013**, Processo 73/12.3TTVNF.P1.S1. Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 21/12/2017: “É sabido

como limite a prestação e a execução do trabalho. O TRE fundamentou a pretensa violação do direito à vida privada com base na seguinte argumentação:

“[...] quando por força da instalação do equipamento GPS no veículo atribuído ao autor, o empregador tem a possibilidade de saber a localização do referido veículo e indirectamente a localização do trabalhador no seu tempo de descanso, tal constitui uma inadmissível exposição ao controlo do empregado que se estende ao tempo e locais que não são de trabalho, mas que apenas se reportam à vida privada do trabalhador sem autorização deste [...] A vida pessoal ou privada do trabalhador no período extralaboral é algo que não pode ser limitado por vontade do empregador ou pela criação de circunstâncias, por este, que levassem a tal limitação. Essa limitação só poderia ocorrer mediante autorização do trabalhador. No caso, não resultou provado que existisse tal autorização e não há justa medida possível ou proporcionalidade razoável que deva prevalecer um direito de propriedade respeitante a um bem material sobre um direito pessoal, que comporta em si o valor da *dignidade humana*.”.

O que sublinhamos desta decisão é que o empregador enveredou por uma utilização abusiva, já que abria flanco à vigilância do trabalhador no seu período extralaboral e é nessa medida que tal deve ser proibido, uma vez que invadiu, *in concreto*, a esfera da vida privada e familiar do trabalhador que, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira²⁸¹, goza de uma reserva à intimidade em consonância com o conceito de esfera privada adequado à vida contemporânea, ou como refere o **Acórdão do STJ de 13-11-2013**: “ [...] a pessoa humana está primeiro e só depois a «organização»; a pessoa humana é o fim não mero instrumento das relações jurídico-sociais.”. Ou utilizando uma linguagem kantiana, a pessoa humana é fim em si mesma e nunca pode ser meio para uma qualquer finalidade, pois não tem preço que é o que caracteriza as coisas, mas sim dignidade. Por conseguinte, podemos sintetizar, em jeito de balanço, estes dados coligidos na jurisprudência em sede de direito do trabalho, afirmando que quando o GPS se encontra instalado numa viatura afecta exclusivamente às necessidades do serviço e restringida ao âmbito das relações laborais, não estamos ante uma intrusão na

que o exercício de tais poderes têm de conciliar-se com toda uma série de princípios de cariz garantístico, que visam não só salvaguardar a individualidade dos trabalhadores, mas também – e, por ventura, sobretudo – conformar o sentido da ordenação jurídica das relações de trabalho (e, em geral, das relações sociais) em função de determinados valores jurídico-constitucionais, ou seja, mais concretamente, em função de um projecto de ordem social assente na **dignidade da pessoa humana** e na **liberdade individual**.” Este mesmo Acórdão faz importantes considerações nesta matéria, uma vez que, refere como exemplo – se a localização geográfica de um camião de transporte de combustível for utilizada, o respectivo motorista não fica abrangido pelo direito à reserva da intimidade da vida privada, dado que integra o âmbito da relação jurídica-laboral existente entre este e o seu empregador, bem como não viola a protecção dos seus direitos de personalidade. Daí que, não ignorando os critérios axiológicos subjacentes, considere este douto Tribunal que o “padrão de reserva” não pode ser encarado como estanque ou inelástico, dado que ele varia “[...] em função das circunstâncias e elementos de cada caso concreto, nomeadamente, a condição e tipo de relação das pessoas envolvidas”.

²⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

vida privada dos trabalhadores; quando não existe captação ou registo de imagem ou som, igualmente não podemos concluir que fiquem em causa os direitos de personalidade dos trabalhadores; quando essa reserva é invadida de forma abusiva então sim os dados obtidos pelo sistema de localização através de GPS devem ser considerados como ilícitos e a sua utilização como inadmissível, justamente por afectar a dimensão de intangibilidade dos valores da privacidade e da dignidade humanas. A utilização do GPS deve ser analisada e ponderada casuisticamente, pois é preciso ter em conta as finalidades visadas e as demais circunstâncias do caso concreto²⁸², uma vez que só assim poderemos aferir se a utilização do GPS é pertinente, adequada, proporcional e não excessiva e respeitando tais requisitos deve ser tida por admissível. Por outro lado, quando os contrarie deve ser considerada, pela sua intrusividade na esfera de vida privada dos trabalhadores, como não admissível. A privacidade coloca a questão da limitação da vigilância, porque havendo limites a traçar eles, são sobremaneira, dirigidos à vigilância em favor da protecção da privacidade com o fito de evitar o excesso de intrusividade.

Assim, da análise dos artigos 20º e 21º do CT temos que o empregador está impedido de utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho com vista a controlar o desempenho profissional dos trabalhadores, pelo que a utilização de equipamentos como o GPS é lícita sempre que tenha por objectivo a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando exigências específicas adstritas à natureza da actividade o justifiquem ou exijam. Uma interpretação sistemática e teleológica do nº1 do artigo 20º do CT considera a fórmula “meios de vigilância à distância” como veículos de captação à distância de imagem, som ou imagem e som que permitam identificar pessoas e detectar o que fazem (o que não acontece com o GPS, ao contrário do que ocorre com camaras de vídeo, microfones dissimulados ou mesmo mecanismos de escuta e registo telefónico).

²⁸² A este propósito sublinhamos o seguinte entendimento de Castanheira Neves acerca do princípio da legalidade criminal: “Decerto que este *secundum legem*, não exclui que o concreto juízo decisório seja obtido em termos metodologicamente correctos – mediante uma interpretação – concretização normativo-teleologicamente orientada e com todas as implicações normativas próprias de um juízo concreto dessa índole. Só que exigirá simultaneamente do julgador que tenha ele sempre presente estar a realizar um direito de que se esperam particulares garantias, devendo por isso ser especialmente atento à crítica metodológica, com o objectivo tanto da maior objectividade e rigor como da mais circumsrita determinação, embora teleologicamente justificadas, do âmbito objectivo da norma. Neste sentido, lembrando as considerações de HASSEMER, se deverá ver naquele princípio um forte argumento de auto-controlo e possibilidade crítica do juízo decisório.” NEVES, Rita Castanheira (1995): “O Princípio da Legalidade Criminal”, in *Digesta - Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol 1º. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 467-468.

Em concordância com Regina Redinha, tais meios de vigilância à distância não podem alcançar aquilo que se faz, quando e durante quanto tempo ou, nos termos do **Acórdão do STJ de 13-11-2013**:

“Ora, o GPS apenas permite a localização de veículos em tempo real, referenciando-os em determinado espaço geográfico. Não se dirigindo directamente à vigilância do campo de acção dos trabalhadores, não permite saber o que fazem os respectivos condutores, mas, tão somente, onde se encontram e se estão parados ou em circulação”.

Ademais, salientamos que o empregador deverá informar o trabalhador quer sobre a existência, quer sobre a finalidade dos meios de vigilância que utiliza, devendo ainda este último pedir autorização à CNPD para a utilização dos mesmos, já que cabe a esta entidade administrativa regular o procedimento, visando a sua obtenção, bem como estipular as regras de conservação e destruição dos dados pessoais obtidos mediante esses meios e, mesmo, exercer actividade sancionatória²⁸³.

Aquela mesma autora enfatiza que a utilização de novas TIC no ambiente de trabalho acarreta um aumento exponencial do perigo de devassa da esfera da reserva privada e pessoal do trabalhador, porquanto amplia a sua exposição ao controlo do empregador e, além disso, por se tratar de um campo relativamente pouco lavrado (sendo de realçar que o GPS configura um dos mais recentes avanços que assomam o âmbito do controlo dos trabalhadores), surgem, não raro, novos problemas de redelimitação de fronteiras da subordinação, implicando um aumento da tensão entre tutela da personalidade e extensão do poder de direcção do empregador, já que se este é titular dos equipamentos e sistemas tecnológicos instalados na empresa, no entanto também o trabalhador é titular do direito de uma esfera de reserva pessoal, o que gera, em vista à articulação de ambos os direitos, problemas de difícil resolução. Deste modo,

²⁸³ “Por isso, é a meu ver útil que a reflexão [...] tenha algum foco na Lei de Protecção de Dados e, sobretudo, na doutrina que vem a ser desenhada pela CNPD e que, em matéria laboral, vai formatando administrativamente as fronteiras entre o que é ou não permitido aos empregadores, enunciando um subtexto das normas pertinentes do Código do Trabalho que mais parecerá um metatexto caso os Tribunais, ao contrário do que na verdade vem sucedendo, passem a utiliza-la como doutrina de revelação. Na realidade, em questões cruciais, a CNPD vai confrontando a jurisprudência dos nossos Tribunais, afirmando o seu acompanhamento ou não, ou o seu desajustamento, até, em função do progresso das tecnologias e das suas cada vez maiores possibilidades de intrusão na privacidade. De forma que, a meu ver, uma via de diálogo formativo tem que ser estabelecida, sob pena de inevitável confusão, ante os enormes poderes regulatórios da CNPD, por antecipação aos tribunais, e as necessariamente posteriores decisões destes na definição dos direitos, na aplicação do direito.”. MENDES, Luís Azevedo (2016) “Privacidade e Tecnologia de Informação em Contexto Laboral”, *in Intervenção no VIII Colóquio Anual Sobre Direito do Trabalho do Supremo Tribunal de Justiça*, Outubro de 2016. Disponível em, [em linha] http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VIII_coloquio_DT/LusAzevedoMendes.pdf, p.4 consultado em 16/12/2017.

os direitos de personalidade consignados no CT não devem ser encarados de uma forma estática ao nível da tutela constitucional e civil dos direitos de personalidade, pelo que boa parte da jurisprudência prefere uma interpretação extensiva do artigo 20º do CT em detrimento da sua interpretação literal para considerar que a videovigilância não esgota a interdição estatuída no artigo 20º.

Passamos, doravante, a clarificar os aspectos mais relevantes do **Acórdão do STJ de 18-05-2017**, Processo nº 20/14.8T8AVR.P1.S1, (Relator Chambel Mourisco)²⁸⁴. A factualidade mais relevante neste aresto é a da admissão de uma delegada de informação médica que utilizava, para o exercício das suas funções uma viatura automóvel fornecida pela R., que veio a instalar, em 2011, um equipamento GPS na frota automóvel dos seus trabalhadores após ter realizado a competente notificação à CNPD. Quanto às finalidades que presidiram à instalação do equipamento de GPS nas viaturas pela R. foram as seguintes:

“[...] para segurança destas e dos seus utilizadores e em ordem a verificar o cumprimento das funções dos trabalhadores externos, designadamente do horário de trabalho e dos locais das visitas [...] bem como para contabilizar os quilómetros percorridos, quer em serviço, quer a título particular [...]”.

Entretanto, a A., em 2014, ocultou no mapa de despesas por si elaborado, 110 quilómetros percorridos a título particular com prejuízo para a R.. Tal como o aresto antes analisado, também no presente se considera que o GPS “Não capta, nem transmite, som ou/e imagem, não se tratando de um meio de vigilância à distância” (sublinhado nosso). Na sua contestação/reconversão, aduziu A. que a utilização desse equipamento era ilícita por tratar-se de um meio de vigilância à distância interdito pelo artigo 20º do CT e resultando desse entendimento a sua desvalorização como meio de prova; por violar os direitos de personalidade dos trabalhadores, mormente o direito à reserva da intimidade da vida privada e ainda por existir fugas de informação, “Tendo sido divulgado um *e-mail* a todos os delegados com os dados de GPS de cada um dos veículos e ocorrido comentários numa reunião sobre a vida amorosa de alguns trabalhadores por causa da divulgação desses dados”; por R. não ter instalado GPS nos veículos de todos os trabalhadores; por considerar inexistir qualquer fundamento sério (“apenas com base no facto de ser fumadora”) para lhe ser imputada a autoria dos danos no GPS. No recurso de apelação para o Tribunal da Relação, a A. juntou a Deliberação

²⁸⁴ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 15/12/2017.

nº 1015/2015 da CNPD de 23.06.2015. Por seu lado, o Tribunal da Relação proferiu Acórdão que decidiu: reconhecer a ilicitude do despedimento da A; no mais, manteve a sentença recorrida, o que motivou que a R. tenha interposto recurso de revista, alegando que definiu as regras para a utilização dos dados recolhidos pelo GPS; que todos os trabalhadores estavam informados sobre este dispositivo; fez a notificação da instalação de GPS à CNPD; para efeitos dos artigos 20º e 21º do CT, a instalação do GPS naqueles automóveis não determina a autorização prévia do CNPD nos termos o artigo 28º da Lei nº67/98, de 26 de Outubro²⁸⁵. Este Acórdão, analisada a matéria de facto, considerou que o aparelho instalado no veículo da A. tão somente disponibilizava informações acerca da localização aproximada desse mesmo veículo e sobre os trajectos percorridos, concluindo pela não ingerência na sua esfera privada, o que só sucederia se existisse um uso abusivo ou inapropriado do veículo e em que fosse a própria A. a permitir essa ingerência em aspectos particulares da sua vida privada. Mais entende o STJ que a informação oriunda do equipamento de GPS nada tem a ver com o tratamento de dados pessoais, mas antes com o tratamento de dados impessoais ou “não pessoais” (sublinhado nosso), dado que referidos a uma coisa, não a uma pessoa. E mais adianta que não se trata de dados pessoais sensíveis com tratamento sujeito a autorização prévia, mas, antes, de dados pessoais não sensíveis, sujeito a mero registo de notificação. Considera ainda este Acórdão que: “Nenhuma ilegalidade se extrai da utilização do GPS como meio de prova.”. Também considera este douto Tribunal que, no caso *sub judicio* não ocorreu a possibilidade de os dados obtidos pelo GPS passarem para o domínio do conhecimento de terceiros, pois foram respeitadas: “[...] as mais elementares regras para que os dados recolhidos através do GPS permaneçam em segurança e longe do conhecimento de terceiros.”. Mais acrescenta este aresto que é proibida a valoração dos registos obtidos através dos geolocalizadores instalados pela assistente nos seus veículos sem consentimento dos utilizadores dos mesmos, nem autorização da CNPD, tal como resulta do artigo 32º, nº8 da CRP e do artigo 126º, nº3 do CPP. Outra consideração inovadora inserta neste Acórdão é a seguinte: “No que, concretamente concerne à questão laboral, não pode ser alheia uma consideração assaz evidente: a

²⁸⁵ Que transpõe para o Direito português a Directiva nº 95/46/CE do Parlamento e do Conselho, consagrando princípios que também deverão ser atendidos nas relações laborais. Já o seu artigo 27º estipula que incumbe ao empregador a responsabilidade pelo tratamento de dados pessoais, embora deva notificar previamente a CNPD da realização do tratamento automatizado e da sua finalidade, sendo exigida a sua autorização prévia em determinados casos, salvo se os tratamentos forem directamente autorizados pela lei.

jurisprudência em que se estriba a recorrente é -, salvo o devido respeito, que é muito – manifestamente desfasada da hodierna realidade.”. Conclui então o Acórdão que no caso concreto a utilização do equipamento de GPS visa controlar o trabalho do A., o que nunca, no entender deste Tribunal, é permitido e, além disso, a orientação adoptada neste Acórdão é aquela que entronca na ideia de que a utilização de GPS surge como um meio de vigilância à distância de que resulta a sua proibição e o soçobrar deste meio de prova. Ora, da análise deste últimos dois Acórdãos torna-se bem notória a discrepância no entendimento da licitude ou ilicitude da utilização do sistema GPS, mostrando bem, o quão contraditória é esta matéria mesmo no plano jurisprudencial, até porque a 1ª Instância havia considerado como lícita a instalação pela R. do dispositivo de GPS na viatura atribuída à A. e considerava que tal dispositivo não era um meio de vigilância à distância e ainda temos as posições da jurisprudência do STJ que vai no mesmo sentido da licitude, casos dos **Acórdãos de 22-05-2007** e de **13-11-2013**²⁸⁶ nos quais são considerados como meio de prova os dados juntos aos autos transmitidos pelo dispositivo do GPS. Já o **Acórdão do STJ de 18-05-2017** conclui que:

“[...] a matéria de facto constante da ampliação efectuada pelo TR e a questão de saber se a prova recolhida pelo dispositivo do Sistema de Posicionamento Global (GPS) era ou não lícita só tinha interesse se subsistisse o referido fundamento, com vista a apreciar a gravidade da conduta da autora, que ao praticar o aludido dano teria pretendido obstar ao regular funcionamento do dispositivo para permitir que o mesmo transmitisse informações que seriam utilizadas pelo empregador.”.

Salientamos ainda o **Acórdão do TRP de 22-04-2013**, Processo 73/12.3TTVNF.P1 (Relator António José Ramos)²⁸⁷ que foi um dos primeiros a considerar que:

“A utilização de meios de vigilância [entre os quais inclui o GPS] só será lícita se e enquanto tiver por finalidade exclusiva a protecção de pessoas e bens. Protecção ou segurança dos sujeitos da relação de trabalho, de terceiros ou do público em geral, mas também de instalações, bens, matérias-primas ou processo de fabrico, nomeadamente. Significa isto que a vigilância não será permitida se tiver por finalidade última ou determinante o mero controlo do modo de execução da prestação laboral. Seja através de uma interpretação extensiva ou mediante uma interpretação actualista [ambas, a nosso ver, com importantes virtualidades analíticas] instalado no veículo automóvel atribuído ao trabalhador deve ser englobado no conceito de meio de vigilância à distância no local de trabalho [...] mas não pode servir de meio de controle do desempenho profissional do trabalhador, uma vez que a respectiva utilização com esses objectivos comprime o direito à reserva da vida privada do trabalhador. A

²⁸⁶ Ambos disponíveis em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 22/12/2017.

²⁸⁷ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 22/12/2017.

utilização do GPS- como equipamento electrónico de vigilância e controlo que é – e o respectivo tratamento implica uma limitação ou restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, consignada no artigo 26º, n.º1 da CRP, nomeadamente uma restrição à liberdade de movimento, integrando esses dados, por tal motivo, informação relativa à vida privada dos trabalhadores. [...] a consequência da utilização ilícita dos meios de vigilância à distância invalida a prova obtida para efeitos disciplinares. Assim, à luz do artigo 32º, n.º8 da CRP, a prova produzida através desses registos é nula, uma vez que a sua aquisição, o seu tratamento e posterior utilização constitui uma evidente violação da dignidade e privacidade do trabalhador, não podendo, assim, a mesma ser utilizada como meio de prova em sede de procedimento disciplinar.”.

Tendo em conta a rápida evolução dos meios tecnológicos, tendencialmente passíveis de colidir com a vontade de cada indivíduo controlar a informação que sobre si existe, acarreta problemas novos e instigadores de uma reflexão aprofundada acerca da necessidade de uma nova configuração da privacidade, mas também da protecção de dados pessoais. A este respeito, salientamos a seguinte evocação feita por Luísa Neto:

“Recorde-se que, ao proceder à distinção entre a reserva *lato senso* e a *privacy*, o Tribunal Constitucional Alemão veio introduzir a ideia de auto-determinação, abrangendo o direito de fazer escolhas essenciais numa esfera de intimidade e segredo, na medida em que a divulgação intempestiva de factos próprios do sujeito possa ameaçar o exercício efectivo de outras liberdades. Neste sentido, é aí possível a distinção entre o conceito de intimidade – equivalendo ao segredo e factos ocultos – e o de privacidade – correspondendo aos direitos de «reservatezza» italiana ou de «privacy» anglo-saxónica.”²⁸⁸.

Resulta assim claro que o empregador não pode controlar as condutas que fazem parte da esfera da vida privada do trabalhador nem vigiar o modo de execução da prestação laboral pelo trabalhador.

Matéria Penal

Cumpre-nos agora aclarar alguns dos elementos que reportamos como os mais significativos para o nosso objecto de estudo, coligidos a partir de Acórdãos incidentes em matéria penal.

O Acórdão do TRL de 13-04-2016, Processo 2903/11.8TACSC.9.1-3 (Relator Carlos Almeida), cuja factualidade nos remete para o crime de furto que tem como elemento do seu tipo objectivo o conceito de subtracção e que constitui um crime de consumação antecipada. No que ao GPS respeita destacamos a seguinte consideração: “Os dados obtidos por cada um destes aparelhos constitui prova documental tal como

²⁸⁸ NETO, Luísa, (2011): NETO, Luísa, (2011): “Acórdãos do TC n.ºs 213/2008 e 486/2009: A prova numa sociedade transparente”, in *Revista Científica Nacional*, p.317.

ela é definida pelo artigo 164, nº1 do CPP.”²⁸⁹. Assim, este Acórdão interpela-nos a reflectir sobre a questão nuclear de saber se um meio de obtenção de prova com as características do GPS e que se distingue da interceptação das comunicações pode ser ou não permitido apesar da ausência de lei que: “[...] legitime a sua utilização, delimite os crimes que a admitem, estabeleça o procedimento a adoptar e fixe a competência para autorizar o seu uso e controlar todo o procedimento que tiver lugar.”. A orientação seguida neste aresto é a resposta negativa à questão acima formulada, com a seguinte argumentação:

“[...] em primeiro lugar porque um aparelho de geolocalização, no caso, um «GPS Tracker» é um meio oculto de investigação que, por isso mesmo, só poderia ser admitido se existisse lei que o consagrasse como um meio de obtenção de prova legítimo e regulasse todos os referidos aspectos do seu regime [...] a utilização desses aparelhos pelo sistemático e permanente registo de dados que propicia, cujo tratamento permite, e pela natureza dos mesmos, é susceptível de violar a vida privada dos utilizadores dos veículos em que se encontrem instalados [...] por tudo isto e não obstante o facto de a prova assim obtida não ter resultado da actividade dos órgãos de policia criminal, deve entender-se que é proibida a valoração dos registos obtidos através dos dois geolocalizadores instalados pela assistente nos seus veículos sem consentimento dos utilizadores dos mesmos, nem autorização da CNPD. É o que resulta do artigo 32º, nº8 da CRP e do 126º, nº3 do CPP.”.

É ainda entendimento deste douto Acórdão que a invalidade do meio de obtenção de prova por intermédio do sistema de localização por via de GPS é impeditivo da valoração dos registos obtidos pelos geolocalizadores e mais ainda “[...] a valoração dos resultados das vigilâncias policiais efectuadas e das imagens recolhidas durante a sua realização uma vez que essas vigilâncias foram coordenadas com as informações sobre a localização dos veículos obtida através daqueles aparelhos.”. Uma das questões pertinentes que nos coloca, portanto, este aresto diz respeito às entidades que devem ser competentes para autorizar este método oculto de investigação criminal, uma vez que as localizações via GPS, no caso apreciado pelo TRL foram obtidas pela assistente sem que tivessem sido solicitadas ou autorizadas por autoridade judiciária, mormente pelo JIC (o que é, aliás, um aspecto que, do nosso ponto de vista, uma futura lei sobre esta matéria deverá fixar de forma clara). Em termos de arrimos legais o Acórdão faz referência aos artigos 125º e 126º do CPP e ao artigo 32º da CRP e em termos infra-constitucionais faz referência à Lei nº 41/2004 de 18.08 e à Lei nº 32/2008 de 17 de Julho para além do artigo 20º do CT. Considera ainda que quando está em

²⁸⁹ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 26/12/2017.

causa a localização mediante a tecnologia GPS esta deve ser sujeita a autorização judicial, fazendo aplicação por interpretação analógica do disposto no artigo 187º do CPP, sendo que concordamos que “[...] não pode a entidade patronal por conta própria encetar e levar a cabo uma investigação com vista a detectar ilícitos criminais, utilizando para tanto o sistema de GPS.”, mostrando-se ainda este Tribunal perplexo pelo facto de o MP ter aproveitado as localizações obtidas através do sistema de GPS sem autorização do JIC. Seguindo esta linha argumentativa da invalidade motivada pela falta de autorização do JIC, o aresto traz à colação a questão do efeito à distância que essa invalidade possa ter, ou seja, o efeito que uma invalidade gera na restante prova produzida. Em termos substanciais, considera este Acórdão que:

“[...] a prova consistente nos registos da circulação das carrinhas do hotel é nula porquanto foi obtida mediante uma abusiva intromissão na vida privada dos arguidos [...] atendendo a que não só estes não tiveram conhecimento (e portanto também não deram o seu consentimento) de que estariam a ser controlados no exercício da sua actividade por este meio como porque a colocação destes dispositivos teve como único fito investigar a prática de crimes e não foi autorizada por um juiz de instrução como devia ter sido em obediência ao disposto no artigo 187º do CPP.”.

Conclui então pela nulidade da prova assim obtida nos termos do artigo 126º, nº3 do CPP e para averiguar as consequências dessa nulidade, recorre o TRL à chamada teoria dos frutos da árvore envenenada, ou seja que a prova produzida contamina a restante prova – tem o efeito metastisante – se existir um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova produzida e a restante prova conforme artigo 122º, nº1 do CPP. Segundo o TRL a prova obtida posteriormente à junção dos respectivos registos por GPS baseou-se somente na prova secundária:

“Temos, pois, que a junção dos registos GPS foi determinante para a aquisição posterior de prova que com eles têm inequívoco nexo de causalidade. Sendo assim, entendo que os efeitos da nulidade se estendem designadamente às apreensões efectuadas na sequência das buscas levadas a cabo, à prova testemunhal e até às declarações dos arguidos e às vigilâncias efectuadas pela autoridade judicial.”.

O Acórdão remete ainda para o TEDH cujos princípios são orientadores da jurisprudência portuguesa ao considerar:

“Por ex.: admitindo que as intercepções telefónicas (à semelhança da localização através de mecanismos de GPS) são uma interferência por uma autoridade pública no respeito pela vida privada, essa interferência deve estar de acordo com a lei e de perseguir objectivos legítimos.”.

Faz ainda o enquadramento legal desses objectivos, designadamente invocando o artigo 26º, nº1, o artigo 34º, nºs 1 e 4 da CRP, o artigo 137º, o artigo 134º, nº2, o

artigo 356º e o artigo 126º do CPP. Contudo, o Acórdão faz uma importante clarificação a respeito do TEDH já que este atende à prática do Estado e não apenas à sua Lei e, assim a Lei é definida como um conceito de lei material, pelo que se deverá atender ao direito escrito e não escrito. Argumenta ainda o TRL, seguindo a teoria da árvore envenenada que a localização através do mecanismo de GPS seria um fruto dessa mesma árvore a que o Tribunal não deve atender para impedir que a mancha ou nódoa da prova ilicitamente obtida se propague à sentença. Contudo, dentro da linha dessa teoria, tendemos a considerar que seria mais profícuo aplicar a excepção da nódoa dissipada, se entendermos que o GPS possa ser aceite por apresentar autonomia suficiente de modo a afastar a nódoa, interpretando nódoa como falta de legislação sobre esta matéria, dada a importante eficácia penal que o modelo de localização por via de GPS permite. Conclui o Acórdão: que as interferências na privacidade decorrentes da utilização de GPS por serem de intensidade reduzida e por se justificarem por razões de proporcionalidade em virtude da prossecução de um interesse legítimo de investigação de um crime praticado pelo trabalhador no contexto laboral e além disso ser legítima a utilização de dados e informações obtidas através de GPS para efeitos de queixa e abertura de inquérito nos termos da lei processual penal, tratando-se de uma “[...] situação que configuraria uma delimitação negativa do direito do trabalhador à privacidade dada a inexistência, nesta circunstância, num interesse deste, susceptível de tutela jurídica”; que os dados obtidos pelos aparelhos de GPS constitui prova documental como é definida pelo artigo 164º, nº1 do CPP e que deve distinguir-se o sistema de localização por meio de GPS da interceptação das comunicações.

Um outro Acórdão, este do **TRP de 21-03-2013**, Processo nº 246/12.9TAOAZ-A.P1, (Relator Joaquim Gomes)²⁹⁰ que reputamos como de especial relevância para o nosso objecto de estudo, porquanto a sua orientação vai no sentido da admissibilidade da geolocalização, firmando este aresto que a localização através da tecnologia GPS está submetida a autorização judicial, aplicando-se, por interpretação analógica, o estipulado no artigo 187º do CPP. Desde logo, é importante frisar a posição do MP no sentido de considerar a necessidade da utilização do localizador GPS e mesmo a sua indispensabilidade em casos específicos como o que vem plasmado na factualidade sobre a qual incide o Acórdão, a saber: colocação do localizador GPS em viaturas

²⁹⁰ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 23/12/2017.

usadas pelos suspeitos da prática de furtos qualificados asseverando o MP que ela adquire toda a pertinência do ponto de vista investigatório, com a seguinte justificação:

“[...] uma vez que quem se dedica ao furto em residências e estabelecimentos alheios, com arrombamento e escalamento, a coberto da noite, tem o cuidado de verificar com cuidado, permanentemente, com a colaboração de co-autores «vigilantes», se estão ou não, a ser vigiados pelo que qualquer seguimento policial à distância se releva infrutífero, bem assim a consequente recolha de prova.”.

Mais acrescenta: tratar-se de um método não proibido de prova segundo a base legal do artigo 126º do CPP e ainda do artigo 32º, nº8 da CRP, considerando-o admissível nos termos do artigo 125º do CPP, sob a condição de que seja devidamente autorizado e controlado judicialmente (algo que igualmente defendemos), por aplicação analógica do preceituado nos preceitos conjugados dos artigos 4º e 189º, nº2 do CPP. Ora, o que aqui está em causa, para lá da discussão sobre a admissibilidade de localizadores GPS nas viaturas usadas por suspeitos de virem a praticar eventuais crimes, é a do respeito pelo princípio da proporcionalidade nas suas três variantes: idoneidade ou adequação, necessidade ou exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito ou da justa medida. Acresce que – como clarificámos *supra* – o artigo 125º do CPP considera como admissíveis as provas que não forem proibidas por lei de que retira o Acórdão a seguinte ilação:

“Não existe, no entanto, um regime de tipicidade de meios de prova nem de obtenção de prova, podendo por isso as mesmas estar ou não indicadas no CPP, havendo até regimes específicos de obtenção da prova (o que ainda não acontece relativamente ao GPS), como sucede com a vigilância, quer a realizada pelas autoridades policiais (Lei nº9/2012 de 23 de fevereiro e DL nº 205/2005 de 29 de Novembro) [Além desta, pelos serviços de segurança privada ou o sistema de vigilância rodoviária, entre outros].”.

Além disso, o artigo 126º CPP configura um catálogo de métodos proibidos de prova, enquanto que a LPDP (Lei nº 67/98 de 26 de Outubro) veio considerar como fazendo parte da esfera dos dados pessoais qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte. Acresce que a Lei nº 41/2004 de 18 de Agosto veio considerar como dados de localização «quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um assistente ou de qualquer utilizador de um serviço de comunicações electrónicas acessíveis ao público» (artigo 1º, alínea e)). É ainda de salientar a Lei nº 32/2008 de 17 de Julho que veio estabelecer os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado para os objectivos da investigação,

detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, ficando estipulado que: “A transmissão dos dados às autoridades competentes só pode ser ordenada ou autorizada por despacho fundamentado do juiz [de instrução], nos termos do artigo 9º.”. E mais acrescenta este preceito conjugado com o artigo 4º:

“[...] só pode ser autorizada, por despacho fundamentado do juiz de instrução, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, detecção e repressão de crimes graves.”. (sublinhado nosso).

O que aqui ressaltamos é a particularidade de a admissibilidade emergir à luz do regime das escutas telefónicas, algo que não sucede no aresto do TRE (sobre o qual nos debruçaremos de seguida), já que este firmou que a obtenção directamente pelas autoridades de dados de localização através do sistema GPS tem a sua admissibilidade arimada no artigo 125º do CPP, ou seja, enquanto meio de obtenção de prova atípico. Não obstante o que sucede no Acórdão do TRP que analisámos, a ideia principal a reter é a que, à semelhança do que acontece com a autorização judicial necessária às escutas telefónicas, também o uso de localizador GPS deveria estar sujeito a esse mesmo crivo judicial, pois o sistema em causa – tal como definido no **Acórdão do TRE 2008/10/07**²⁹¹ é um “irmão gémeo electrónico do clássico seguimento do alvo de pessoas a bordo de um carro.” Uma orientação que não sufragamos e, por isso mesmo, acompanhamos antes a interpretação de Duarte Nunes para quem:

“[...] A clássica vigilância convencional de seguimento [não] seja equivalente à localização através do localizador GPS e à sua monitorização, através do registo dos respectivos dados, porquanto esta última permite traçar o perfil detalhado da vida pública e privada de uma pessoa, como ainda recentemente foi sublinhado (Acórdão do Supremo Tribunal dos EUA, caso *USA v. Johnes*, de 2012/Jan/23) por outro lado não faria sentido que apenas fosse sujeita a autorização judicial a localização celular através dos dados telefónicos e já não o fosse o acesso a dados de localização através do mecanismo GPS, uma vez que se tratam de dados sensíveis, que dizem respeito à vida íntima e encontram-se no âmbito do direito fundamental à auto-determinação informativa.”²⁹².

Pese embora ambos os Acórdãos (do TRP e do TRE) sustentem a admissibilidade dos dados obtidos através do aparelho de geolocalização, o primeiro faz

²⁹¹ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 22/12/2017.

²⁹² NUNES, Duarte Rodrigues, (2017) “A admissibilidade da obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 10. Mais acrescenta este autor o seguinte: “Nesta conformidade e sempre que esteja em causa a localização através da tecnologia GPS (Global Positioning System) a mesma deve ser sujeita a autorização judicial, aplicando-se, por interpretação analógica o disposto no artigo 187º do CPP.”. (sublinhado nosso). *Ibidem*..

depende o seu uso a uma autorização judicial, já o segundo considera não ser necessária tal autorização, justamente porque parte da premissa pouco aceitável de uma similitude entre o GPS e o clássico seguimento do alvo de pessoas a bordo de um carro, para o qual é bastante a colocação do receptor de GPS, por parte dos OPC, nos veículos de pessoas investigadas em sede inquérito. Face ao exposto, sufragamos a primeira orientação sustentada pelo TRP que conclui que:

“[...] não faria sentido que apenas fosse sujeita a autorização judicial a localização celular através dos dados telefónicos e já não o fosse a dados de localização através do mecanismo de GPS [...] nesta conformidade e sempre que esteja em causa a localização através da tecnologia GPS a mesma deve ser sujeita a autorização judicial aplicando-se, por interpretação analógica ao disposto no artigo 187º do CPP”. Termina este aresto considerando que na factualidade em apreço não existiam quer indícios suficientes da prática do crime como ainda de uma indicação específica dos veículos automóveis, o que leva e bem o TRP a considerar que “ [...] este quadro factual é muito incipiente para que, de modo proporcional (desde logo falta o requisito da adequação) e razoável, se possa determinar a pretendida autorização para se colocar uma localização GPS em veículos automóveis, os quais até estão indeterminados.”.

Especificando agora o **Acórdão do TRE de 07-10-2008**, Processo 2005/08-1 de (Relator Martinho Cardoso)²⁹³ que, como já assinalámos defende uma orientação segundo a qual não carece de prévia autorização judicial o uso pelos OPC de localizadores de GPS colocados em veículos usados por pessoas investigadas em inquérito e pelo tempo que a entidade policial considere necessário. O MP considerou aplicar-se ao mecanismo da geolocalização, as normas legais preceituadas nos artigos 187º, nº1, alínea b), 189º, nº2 e 252º-A do CPP permissivos de aplicação analógica com a localização celular (artigo nº4 do CPP). Mais considera que o mecanismo de localização por via de GPS em nada se confunde com a localização celular, defendendo ainda que se deve aplicar o artigo 125º, já que este método oculto não se encontra proibido por lei, e não consubstancia um dos métodos proibidos de prova referidos no artigo 126º do CPP. Quanto ao nº3 deste último preceito, o qual estabelece como nulas as provas alcançadas através da intromissão na vida privada, é defendido que:

“O ter a autoridade policial no decurso de um inquérito criminal acesso à informação de onde está a cada momento um determinado veículo automóvel, não pode ser visto como uma intromissão na vida privada de quem vai nesse veículo, pois que o GPS é um aparelho surdo e cego no sentido de que não escuta as conversas dos ocupantes do carro, nem identifica quem lá vai e o que estão a fazer, apenas informa onde está o veículo, circunstância que é visível a olho nu para quem olhe para o carro e lhe vê a matrícula.”.

²⁹³ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 15/12/2017.

Ademais, este aresto sustenta a posição segundo a qual, o uso do sistema de localização por via de GPS, não carece de autorização judicial, já que:

“[...] na investigação de crimes ocorridos em alto mar como o de tráfico de estupefacientes, as autoridades, sem necessidade de autorização judicial prévia, leem e juntam ao processo como prova o mapa do itinerário da embarcação marcado no GPS da mesma.”.

Neste Acórdão encontram-se ainda elencadas vantagens e desvantagens do uso do mecanismo do GPS em relação ao seguimento personalizado, sendo a principal vantagem a de permitir um acesso permanente à localização em que está o carro – alvo se encontra, todavia, o ponto negativo mais notório é o de que se desconhece por completo o que é que o(s) seu(s) ocupante(s) está(ão) a fazer em concreto, o evidencia de forma clara que estamos perante um método muito menos intrusivo, concluindo o aresto que “[...] o GPS servirá sobretudo como um meio coadjuvante do seguimento clássico [...]”.

Capítulo VI: posição adotada sobre a admissibilidade da obtenção de dados de localização por via do sistema de GPS

6.1. Posição crítica face aos argumentos contra a sua inadmissibilidade

Um dos argumentos que sustentam a posição que defendemos nesta investigação é o de que o sistema de localização por meio de GPS apresenta um grau de intrusão mínimo no direito à privacidade, bem como nos demais direitos plasmados na CRP. Assim, por exemplo a escuta de uma comunicação é significativamente mais intrusiva do que o acesso aos dados de tráfego ou/e à localização celular²⁹⁴. Por outro lado, não podemos ignorar a intensificação da criminalidade organizada e a sua danosidade é de tal forma grave para a paz social nacional e internacional que será inevitável que a garantia da privacidade individual ceda num processo que tende a intensificar-se. Contudo, urge criar mecanismos susceptíveis de garantir uma maior transparência ao nível dos procedimentos que acarretam, inevitavelmente, a compressão de direitos, num quadro que não pode, de forma alguma, ignorar esse triplo alicerce da proporcionalidade: necessidade, adequação e proibição do excesso²⁹⁵. Para tal, reconhecemo-lo, a CNPD tem dado importantes contributos.

²⁹⁴ A mesma orientação é sufragada por NETO, Luísa, (2011): “Acórdãos do TC n.ºs 213/2008 e 486/2009: A prova numa sociedade transparente”, in *Revista Científica Nacional. Op. Cit.*, p. 343.

²⁹⁵ Daí que concordemos com a seguinte orientação da mesma autora: “Se a privacidade está destinada a ser algo de apenas residual e se aquilo que nos espera é, de forma inevitável, um mundo «transparente», então o verdadeiro desafio que se coloca hoje não é o de reclamar novos instrumentos que sejam capazes

Julgamos ainda pertinente referenciar o **Acórdão do TEDH Uzun vs Alemanha** de 2 de Setembro de 2010²⁹⁶, em termos factuais trata-se de dois indivíduos com ligações a uma célula terrorista com a suspeita de que estes preparavam o cometimento de um atentado bombista, o que motivou a vigilância nas comunicações e a captação de imagens junto às habitações dos suspeitos e dos seus pais. Foram ainda colocados dois transmissores de localização dissimulados na viatura, mas que acabaram por ser detectados pelos suspeitos. Entretanto o Departamento Federal colocou um dispositivo GPS mediante autorização do MP durante três meses até à detenção dos suspeitos, o que permitiu aos investigadores a recolha de informações essenciais obtidas a partir dos padrões de comportamento dos suspeitos, em especial dos locais de paragem, dando origem a subsequentes diligências investigatórias.

O requerente veio alegar que as medidas de vigilância a que havia sido submetido, em particular a observação por via GPS e o uso dos dados obtidos no âmbito dos procedimentos criminais haviam violado o direito ao respeito pela sua vida privada, consignado no artigo 8º da Convenção (trad. nossa). O Tribunal reconheceu que esta vigilância não violava o artigo 8º da CEDH, na medida em que as infrações em causa eram particularmente graves e que a lei previa a possibilidade de uma vigilância técnica. Com efeito, aquando dessa investigação, em 1995, o Código de Processo Penal alemão já previa expressamente que as vigilâncias podiam fazer-se com a ajuda de fotografias, de filmes e se necessário recorrendo a outros meios técnicos especiais de vigilância ou de localização. No que concerne à Lei alemã, a base para o procedimento da geolocalização encontra-se plasmada no artigo §100 parágrafo 1, nº1 do Código de Processo Penal, o qual determina a necessária autorização para o uso de técnicas de vigilância. O ordenamento jurídico alemão consagra ainda que o(s) indivíduo(s) alvo(s) deste método oculto de investigação criminal deve(m) ser notificado(s) das medidas que estão a ser adoptadas, tão rapidamente quanto possível sem colocar em causa os objectivos das investigações e a segurança pública. Ademais, o artigo 163º de 1 de Novembro de 2000 veio restringir ao máximo de um mês a vigilância, excepto se a sua extensão for ordenada por um juiz. O TEDH considerou que sob a condição de *foreseeability*, de uma definição concreta das circunstâncias, das dimensões e limites de

de nos devolver alguma da privacidade perdida mas sim o de exigir mais transparência e legitimação procedimental. Numa conclusão que nada tem também de novo, o essencial é desenvolver formas institucionais de «poder ver aqueles que nos veem». Talvez seja esse o garante da viabilidade, ainda hoje, do tal direito a «ser deixado em paz» [ideia proposta em 1890 pelo juiz norte-americano Louis Brandeis: *the most valued by civilized man - the right to be let alone.*”. *Ibidem.*]

²⁹⁶ Disponível em [em linha] <https://www.legal-tools.org/doc/478d38/pdf/> consultado em 26/12/2017.

utilização objectivas e subjectivas do meio de produção da prova não colide com os requisitos estipulados no artigo 8º, nº2 da CEDH, salvaguardando que a legislação não deve deixar margem para a utilização arbitrária, ao invés deve conter uma limitação garantista. Outrossim, afasta a utilização do GPS do quadro genérico das telecomunicações, considerando este mecanismo menos intrusivo do que outros e, além disso considerou que as garantias de proporcionalidade foram devidamente asseguradas pelo Tribunal. Igualmente fora sufragado que os três meses de vigilância se revelaram idóneos à descoberta da verdade material. Ademais, julgou como suficiente a revisão e homologação de legalidade levada a cabo pelos juízes nas fases posteriores do processo, face a uma medida de grau de ingerência limitado. Assim, ao nível do respeito pela proporcionalidade foram garantidas as suas três vertentes: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Concordamos desta forma com o Acórdão do TEDH, pois não vislumbramos, no caso em concreto, um potencial directamente atentatório à vida privada, mesmo que haja utilizado os dados dos receptores de GPS para traçar o perfil do comportamento dos visados, além de que o tempo da medida em causa (três meses) não fora abusivo, pelo que discordamos de Bruno Carvalho Pereira²⁹⁷ que considerou que o Tribunal não teve em conta um cenário de “ultra-vigilância”²⁹⁸.

Neste sentido, P.P. Albuquerque²⁹⁹ defende que para lá dos limites formais impostos pela lei, é preciso acrescentar um limite material que impede a faculdade de inclusão atípica do uso do GPS enquanto meio atípico, designadamente: “A inadmissibilidade da utilização isolada ou coordenada, de meios de obtenção de prova que permitam uma «vigilância total» (*Totallüberwachung*), uma visão global, com a qual possa ser construído um perfil completo da personalidade do arguido.”³⁰⁰. Ora, pensamos, este autor parte da premissa, segundo a qual prevalece uma dimensão de

²⁹⁷ PEREIRA, Bruno de Carvalho. *Op. Cit.*.

²⁹⁸ The Court considers that such judicial review and the possibility to exclude evidence obtained from an illegal GPS surveillance constituted an important safeguard, as it discouraged the investigating authorities from collecting evidence by unlawful means. In view of the fact that GPS surveillance must be considered to interfere less with a person's private life than, for instance, telephone tapping (an order for which has to be made by an independent body both under domestic law (see Article 100b § 1 of the Code of Criminal Procedure, paragraph 30 above) and under Article 8 of the Convention (see, in particular, Dumitru Popescu v. Romania (no. 2), no. 71525/01, §§ 70-71, 26 April 2007, and Iordachi and Others, cited above, § 40), the Court finds subsequent judicial review of a person's surveillance by GPS to offer sufficient protection against arbitrariness. Moreover, Article 101 § 1 of the Code of Criminal Procedure contained a further safeguard against abuse in that it ordered that the person concerned be informed of the surveillance measure he or she had been subjected to under certain circumstances.”. Disponível em [em linha] <https://www.legal-tools.org/doc/478d38/pdf/>, consultado em 25/12/2017.

²⁹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2009) *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica, p. 316.

³⁰⁰ *Ibidem*.

vigilância e controlo, um exercício de poder abusivo associado às inovações tecnológicas, no âmbito de uma sociedade dita disciplinar ou sociedade de controlo, até porque detém uma visão estanque do imperativo da reserva de lei e do seu excessivo garantismo, já que no caso do sistema de geolocalização, tal como é firmado pelo **Acórdão do STJ de 22-05-2007**:

“[...] este sistema não permite captar as circunstâncias, a duração e os resultados das visitas efectuadas [sendo que o aresto versa sobre a instalação de mecanismos de GPS nos veículos de serviço à disposição dos trabalhadores] aos seus clientes, nem identificar os respectivos intervenientes.”³⁰¹. Mais acrescenta este Acórdão, posteriormente confirmado pelo **Acórdão de 13-11-2013 do STJ** que o equipamento GPS não é considerado um meio de vigilância à distância incluído na proibição do artigo 20º do CT e mais acrescenta que tal sistema não permite a captação de imagem ou som e, dessa forma, não afecta a esfera de intangibilidade dos valores da privacidade e da dignidade humanas, concluindo pela licitude do seu uso. Posição diversa desta é defendida por Luís Azevedo Mendes que, analisando os argumentos da CNPD atinentes à evolução das capacidade intrusivas da geolocalização, no que respeitam ao detalhe da localização e definição do perfil de movimentos e acções dos trabalhadores, considera que não se pode deixar de “[...] conceder que se tratam efectivamente de meios de vigilância à distância a exigir a observância de finalidades legítimas e, portanto, à sua regulamentação, por via da autorização, tal como sucede com a videovigilância.”³⁰². O **Acórdão do STJ de 22-05-2007**³⁰³ veio considerar que o disposto no artigo 20º, nº1 do CT implica que o empregador não possa utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, através do emprego de equipamento tecnológico, com o objectivo de controlar o desempenho profissional do trabalhador, com as reservas das hipóteses previstas no nº2 do mesmo preceito (protecção e segurança de pessoas e bens), ou existência de particulares exigências inerentes à natureza da actividade que justifiquem o uso de tais meios, devendo o empregador informar, nestes casos, o trabalhador, à luz do nº3 do mesmo artigo. O que conclui este aresto é que “[...] a utilização dos ditos meios de vigilância será sempre ilícita (ainda que com aviso prévio da sua instalação

³⁰¹ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 21/11/2017.

³⁰² MENDES, Luís Azevedo (2016) “Privacidade e Tecnologia de Informação em Contexto Laboral”, in *Intervenção no VIII Colóquio Anual Sobre Direito do Trabalho do Supremo Tribunal de Justiça*, Outubro de 2016. Disponível em, [em linha] http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VIII_coloquio_DT/LusAzevedoMendes.pdf, consultado em 28/09/2017, p. 10.

³⁰³ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 05/12/2017.

feito ao trabalhador), desde que tenha a finalidade de controlar o seu desempenho profissional (sublinhado nosso).”. Ora, a reserva ínsita na parte final desta conclusão leva-nos a considerar que o uso do GPS não é liminarmente considerado inadmissível, porquanto é possível um controlo, conquanto não total e indirecto da actividade profissional do trabalhador, caso em que seria violado o seu direito de personalidade. Além disso, desde a Lei nº 35/2004, de 29 de Julho, a utilização dos meios de vigilância à distância no local de trabalho exige uma autorização da CNPD, a qual só poderá ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objectivos a atingir e quanto à destruição dos suportes inúteis determina ainda a CNPD que os dados pessoais recolhidos mediante os meios de vigilância à distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades a que se destinam, devendo ser destruídos aquando da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou de cessação do contrato de trabalho, o que revela que a admissibilidade do sistema de localização por via de GPS tem implícita uma limitação temporal, aliás extensiva à utilização dos demais métodos ocultos. Tomando ainda o elemento teleológico do artigo 20º do CT temos que a utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador são tidos como ilícitos ou inadmissíveis, justamente porque podem alcançar aquilo que se faz, quando e durante quanto tempo, mas isso não é o que, na prática, sucede com o sistema de localização por via de GPS, ao invés do que ocorre com câmaras de vídeo, equipamento audiovisual, microfones dissimulados ou mecanismos de escuta e registo telefónico com o fito de controlar o exercício da actividade profissional do trabalhador de maneira impessoal e tendencialmente permanente³⁰⁴. Assim sendo, o uso do GPS não permite traçar uma espécie de biópsia dos visados, não é uma forma de captação à distância de imagem, som ou imagem permissivos estes de identificar pessoas e detectar aquilo que fazem, traduzindo-se num eco intrusivo de toda a vida de uma pessoa e, só nesses casos, nos parece existir afectação de direitos fundamentais pessoais, *maxime o direito à reserva da vida privada e o direito à imagem*. Daí que – e bem – este mesmo Acórdão nos permita rebater a posição de Luís Azevedo Mendes, porquanto considera este aresto que:

“Tendo em conta as indicadas potencialidades do sistema GPS e a natureza da actividade prestada pelo autor, não se pode qualificar esse concreto equipamento tecnológico como meio de vigilância à distância no local de trabalho, uma vez

³⁰⁴Neste sentido *vide* Acórdão do STJ de 22-05-2007. Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 05/12/2017.

que tal sistema não permite captar as circunstâncias, a duração e os resultados de cada visita efectuada pelo autor aos seus clientes, nem identificar os respectivos intervenientes. Doutro passo, sendo a atribuição da viatura limitada às necessidades do serviço está afastado qualquer controlo da vida privada do autor.”.

Quanto à posição de Benjamin Silva Rodrigues³⁰⁵, embora concordemos com a sua premissa, discordamos dos corolários que dela retira. Essa premissa é a seguinte: defende a dependência e necessidade de o instrumento do GPS estar alocado a uma previsão legal, no entanto considera que se trata de um meio de investigação que contende com determinados direitos fundamentais; desde logo, o direito à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar cuja ultrapassagem só deve ser admitida em casos gravosos segundo o artigo 18º, nº2 da CRP e contende com a liberdade de deambulação de forma anónima:

“[...] já que tal se configura como essencial para a estruturação do *direito à intimidade pessoal e espacial do indivíduo*. O cidadão tem o direito ao esquecimento, por parte do Estado, perante todas as movimentações que ele efectue, em território nacional, fora de qualquer actividade ilícita ou criminosa. O Estado de Direito e Democrático português não se compagina com um tal controlo dos movimentos dos cidadãos, pois tal não poderia deixar de contender com a iminente dignidade da pessoa de cada um deles e, além disso, com o direito à liberdade deambulatoria e com o direito à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar na sua vertente do «*direito a estar só e esquecido ou ignorado*» (artigo 1º, 18º, nº2, 25º e 26º da CRP).”³⁰⁶.

Este mesmo autor baseia-se no facto de a lei não ter previsto, de forma expressa, esse tipo de ingerência nos direitos fundamentais implicados, advogando, assim, que a cláusula aberta do artigo 125º do CPP não basta para legitimar, sem mais, este tipo de investigação criminal, deixando no entanto uma margem para a sua compatibilidade com os imperativos constitucionais do artigo 18º, nº2 e nº3 da CRP e que a limitação de tais direitos fundamentais deve ser aferida e avaliada pela bitola do *juiz das liberdades*³⁰⁷. Neste âmbito, naquela que poderemos considerar como uma posição mitigada, o autor considera que uma vez feita a requerimento dos OPC, junto do MP e deste junto daquela autoridade judiciária e existindo decisão favorável, já será possível a colocação de um dispositivo electrónico-digital de GPS de modo a facultar a localização geográfica, em tempo real, da sua posição, mas com uma ressalva, a saber: “Todavia tal deve ocorrer em sede de uma criminalidade com uma especial gravidade (média ou

³⁰⁵ RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p. 92.

³⁰⁶ *Ibidem. Op. Cit.* p. 92.

³⁰⁷ *Idem. Op. Cit.*, p.93.

grande criminalidade), nunca no seio da «pequena criminalidade».”³⁰⁸. No entanto, Benjamim Silva Rodrigues considera que é um argumento incontornável para o juízo da não admissibilidade, o facto de o legislador, no caso de dispositivo não amovível ou fixo, colocado em matrícula, ter sentido a necessidade de consagrar, em *lei expressa (clara e precisa)*, a autorização de «permanente monitorização dos veículos dos cidadãos portugueses». Com este último entendimento não deixamos de manifestar concordância, pois não nos parece, de facto e de direito, admissível a colocação de dispositivos amovíveis de GPS na totalidade dos veículos dos cidadãos portugueses, pois a sua colocação deverá ficar restringida a circunstâncias em que haja alguma suspeita fundada de cometimento de factos ilícitos-típicos criminais e, por conseguinte, usar tais dispositivos quando nada faça suspeitar do comportamento de um cidadão é claramente uma afronta aos critérios constitucionais da proporcionalidade, necessidade, adequação e subsidiariedade, a qual, do nosso ponto de vista, pode alastrar-se ao uso de métodos ocultos de investigação criminal que, utilizados arbitrariamente, não deixarão de colidir com direitos fundamentais, à luz do disposto no artigo 18º, nº2 e nº3 da CRP. No que respeita à violação dos direitos fundamentais, da óptica da orientação deste autor, não poderemos subscrever totalmente essa posição. Sem negligenciarmos que num Estado de Direito Democrático o programa político-criminal deverá ser ponderado de maneira a garantir o conteúdo basilar dos direitos fundamentais, impostos pela valoração última da dignidade humana, não cremos que o sistema de localização por via de GPS proceda a uma restrição dos direitos fundamentais mencionados de uma forma que possamos qualificar como intolerável, até porque os dispositivos de GPS não contendem com a zona mais contígua do núcleo mais íntimo da vida privada e, por tal não suceder, julgamos que deverá então prevalecer o interesse superior da obtenção da verdade material na realização da justiça penal, o que, no sentido que lhe damos, legitima a cognoscibilidade e a valoração probatória judicial dos elementos coligidos por tais dispositivos de GPS. Deste modo, discordamos parcialmente da posição de Benjamim Silva Rodrigues no sentido em que não julgamos que estes dispositivos sejam dotados de um carácter altamente intrusivo, nomeadamente na intimidade/privacidade embora concordemos com este autor quando inicialmente parece admitir a utilização deste meio de obtenção de prova nos termos do artigo 125º do CPP, de balde a necessidade de autorização judicial e apenas no que concerne a crimes

³⁰⁸ *Ibidem*.

enquadráveis na criminalidade grave e média, mas já não acompanhamos a sua linha argumentativa quando acaba por defender a inadmissibilidade com base no facto de o legislador, em relação ao caso do dispositivo não amovível colocado em matrícula, ter passado por uma consagração em lei expressa (Decretos-Lei n.ºs 111/2009 e 112/2009, ambos de 18 de Maio). Daí que subscrevamos a orientação de Duarte Nunes segundo a qual não nos parece que:

“[...] a obtenção directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema de GPS possua um «elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito», uma vez que tal meio de obtenção de prova apenas permite saber onde se encontra o objecto em que o aparelho foi colocado, sendo que, por exemplo, no caso de um automóvel não se saberá ao certo quem são os ocupantes e/ou o que *estão a fazer em concreto* e, por isso, este método «oculto» até será menos lesivo do que uma observação policial «clássica» (eventualmente, com seguimento), cuja admissibilidade no Direito Português ninguém coloca em causa.”³⁰⁹.

Também com base neste argumento discordamos da posição de CRUZ, R. M. F. S.³¹⁰, para quem o uso do GPS é dotado de um grande potencial lesivo, uma posição que estende a todos os restantes meios ocultos de investigação e, ademais, ampara-se na falta de legislação para retirar a ilação segundo a qual se o legislador decidiu não prever o uso do GPS, fê-lo de forma deliberada, por considerar que “[...] o acervo de possibilidade que a lei processual penal fornece, bem como a legislação avulsa, é suficiente para a construção de uma investigação sólida e eficiente.”³¹¹. Do nosso ponto de vista, trata-se de uma posição excessivamente radical e com pouca adesão à evolução dos meios tecnológicos e da própria evolução da criminalidade, ficando a posição enquistada numa posição extremada e adversa às mudanças em relação à qual a investigação criminal não pode ficar refém nem tao pouco a teleologia do próprio processo penal relativo à descoberta da verdade material, a qual não pode simplesmente prescindir de meios que, respeitando o princípio da proporcionalidade, numa concepção elástica da aplicação do artigo 18.º, n.º2 da CRP, se revelem eficazes e até mais eficazes do que outros já tipificados. Também não podemos acolher a argumentação deste autor ao defender que a não tipificação do GPS se deve ao pretenso facto de o legislador ter entendido que se tratava de uma situação abusiva, pois tal não tem sequer correspondência com outras habilitações legais de meios muito mais intrusivos como

³⁰⁹ NUNES, Duarte Rodrigues (2017) “A admissibilidade da obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 107.

³¹⁰ CRUZ, R. M. F. S.. *Op. Cit.*, p. 118 e ss..

³¹¹ *Ibidem*.

acontece por exemplo com as escutas telefónicas, o seguimento clássico, a colocação de dispositivos electrónicos de matrícula, a localização celular e a observação policial, os quais possuem um carácter de muito maior ofensividade. Neste sentido concordamos com a seguinte crítica de Bruno Carvalho Pereira:

“Deixa por distinguir se o uso isolado ou curto em termos temporais configura igualmente uma acção abusiva que seja abrangível pela norma proibitiva e disciplinadora do artigo 126º, nº3; ou se, este abuso intolerável só se arrastará quando o uso for cruzado com outras dimensões de recolha de prova.”³¹².

Igualmente Costa Andrade³¹³ defende a inadmissibilidade da obtenção de dados de localização por meio de sistema GPS, considerando que o recurso a um meio técnico oculto e, do seu ponto de vista, invasivo de investigação em processo penal como é o GPS só seria legítimo após uma prévia (explícita e autónoma) habilitação legal e, ademais, considera que o legislador está vinculado a determinar de maneira precisa o *telos* da recolha de uma determinada informação³¹⁴. O mesmo autor centra a sua rejeição da admissibilidade no artigo 189º do CPP, até porque considera:

“Que, à semelhança do que acontece noutros ordenamentos jurídico-processuais se substituisse o capítulo das escutas telefónicas por outro mais amplo e compreensivo, contendo um *regime geral e comum às diferentes formas de intromissão nas telecomunicações* o que no plano extrínseco teria logo como consequência directa a eliminação do artigo 189º *Extensão*.”.

E mais adiante:

“Regime novos seriam, por exemplo, necessários para enquadrar normativamente medidas como a localização de viaturas através de GPS. O mesmo teria de valer para as diferentes formas de *busca online* (não reconduzíveis nem às buscas clássicas nem às intromissões nas telecomunicações). [...] a optar-se, como se optou, por um modelo assente nas *escutas telefónicas*, integrado por uma norma de *extensão*, então exigia-se que se procedesse com o cuidado devido para que a extensão parasse precisamente onde acabam as telecomunicações. Deslocando para outros enquadramentos normativos e sistemáticos as constelações que não podem reivindicar o estatuto e o regime das intromissões nas telecomunicações.”³¹⁵.

³¹² PEREIRA, Bruno de Carvalho (2016) *O sistema de geolocalização GPS no Processo Penal Português. Visão integradora ou atípica no quadro dos meios de obtenção de prova*, Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, p. 93.

³¹³ ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora.

³¹⁴ *Idem. Op. Cit.*, p. 113.

³¹⁵ *Idem. Op. Cit.*, pp. 184-185.

Em síntese, este autor exige que o recurso ao GPS como novo método oculto de investigação assente numa lei expressa e conclui que, na ausência de previsão legal face a este meio de obtenção de prova e tendo em conta que o teor do artigo 189º do CPP não se afigura como fundamento legal válido com vista à sua utilização do GPS, pelo que as autoridades não devem socorrer-se do mesmo para as finalidades da investigação criminal. Estas reservas aventadas por Costa Andrade têm por base, creio, o perigo da generalização da utilização dos métodos ocultos de investigação criminal e que eles possam assumir uma expressão massificada, dando para tal o exemplo das escutas telefónicas, arrimando-se o seu pessimismo na sua constatação de que: “Tudo, de resto, se conjuga no sentido de o recurso às formas ocultas de investigação ir continuar a aumentar, ao ritmo do progresso e das inovações tecnológicas.”³¹⁶, o que pode gerar problemas de novação legislativa, tendo em conta as exigências da reserva de lei. No que respeita à captação dos dados de localização (*posytion date*) o problema que coloca contende com a possibilidade de existir uma intromissão ilegítima, um problema que já é credor de presença significativa na jurisprudência e na doutrina alemã³¹⁷. No geral discordamos desta orientação por duas ordens de razão a saber: a restrição dos direitos fundamentais, no caso do sistema de localização por via de GPS se mostrar pouco intensa e por não haver um impedimento à sua admissibilidade enquanto meio de obtenção de prova atípico nos termos do artigo 125º do CPP e ainda por aceitarmos o argumento de Duarte Nunes segundo o qual, não sendo possível a aplicação directa do regime das escutas telefónicas, “[...]lhe ser aplicável, por interpretação extensiva, o regime das escutas telefónicas.”³¹⁸.

Quanto à jurisprudência, como já destacámos *supra*, o **Acórdão do TRL de 13-04-2016**³¹⁹, pronunciou-se no sentido da inadmissibilidade do recurso ao sistema de localização por meio de GPS, considerando o aresto que a ordem jurídica portuguesa não permite recorrer a este meio de obtenção de prova, desde logo porque não existe uma lei que legitime a sua utilização, delimite os crimes que permitem essa utilização,

³¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p.532.

³¹⁷ *Idem. Op. Cit.*, p. 533.

³¹⁸ NUNES, Duarte Rodrigues (2017) “A admissibilidade da obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017), p. 107.

³¹⁹ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 05/12/2017.

estipule o procedimento a adoptar e fixe a competência para autorizar o seu uso e fiscalizar todo o procedimento que tiver lugar:

“[...] um aparelho de geolocalização, no caso, um «GPS TRACKER» é um meio oculto de investigação que, por isso mesmo, só poderia ser admitido se existisse lei que o consagrasse como um meio de obtenção de prova legítimo e regulasse todos os referidos aspectos do seu regime. [...] para além disso, porque a utilização destes aparelhos viola de uma forma nítida a vida privada dos utilizadores dos veículos em que se encontrem instalados. [...] partindo de um entendimento abrangente da vida privada não podemos deixar de considerar que a utilização destes aparelhos, pelo sistemático e permanente registo de dados que propicia, cujo tratamento permite, e pela natureza dos mesmos, é susceptível de violar a vida privada dos utilizadores dos veículos em que se encontrem instalados. Para além da violação deste direito fundamental protegido pelo nº1 do artigo 26º da CRP, o artigo 35º, nº3 da CRP impede que os dados obtidos através desses aparelhos sejam objecto de tratamento informático, a não ser nos casos ressalvados na parte final desse preceito, o que constitui uma forma indirecta de proteger a própria privacidade. [...] por tudo isto [...] deve entender-se que é proibida a valoração dos registos obtidos através dos dois geolocalizadores instalados pela assistente nos seus veículos sem consentimento dos utilizadores dos mesmos, nem autorização da CNPD. É o que resulta do artigo 38º, nº2 da CRP e do 126º, nº3 da CRP.”³²⁰.

Santos Cabral pronuncia-se no sentido da admissibilidade da obtenção de dados de localização por meio de sistema de GPS, sobremaneira em virtude da exegese que faz do artigo 125º do CPP, considerando que, na demanda da verdade dos factos, fica mapeada a procura da realização da justiça mediante a busca da verdade material no âmbito de uma estruturação processual de tipo acusatório integrada pelo princípio da investigação. Este autor mostra que, não obstante ser urgente uma legislação autónoma sobre a matéria em apreço, em certas circunstâncias a utilização de um meio tecnológico inovador, mas não regulamentado, “[...] poderá configurar um autêntico estado de necessidade em que os valores e direitos salvaguardados com a respectiva utilização se situam a um nível qualitativamente superior aos direitos com a mesma comprometidos.”³²¹. Eis uma posição que subscrevemos, pois não se pode abrir mão do sistema de localização por via de GPS para os fins de investigação criminal, designadamente para a sua vertente preventiva, apenas devido a uma passividade (do nosso ponto de vista incompreensível) do legislador, na medida em que é necessário enfrentar perigos concretos e as novas tecnologias, mesmo que carentes de uma regulamentação legal, convocam:

³²⁰ Disponível em [em linha] www.dgsi.pt, consultado em 20/12/2017. Como já tivemos oportunidade de rebatermos essa mesma argumentação *supra*, em especial nos capítulos II e V.

³²¹ CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 431.

“[...] a ponderação de uma aplicação provisória sufragada nos princípios da ponderação de interesses; da proporcionalidade e, ainda, na regulamentação de hipóteses legais análogas [...] o tratamento de dados pessoais para fins de investigação policial deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infracção determinada.”³²².

Como clarificámos no capítulo V boa parte da jurisprudência tem consolidado uma orientação no sentido da admissibilidade da obtenção de dados de localização por meio de sistema GPS, não nos parecendo, contra Soares³²³, que o tenha feito de um modo simplista ou tenha negligenciado o potencial de intromissão dos dispositivos de GPS. Esse mesmo autor raciocina segundo a teoria do mosaico introduzido por Fulgencio Madrid Conesa para considerar que as movimentações espaciais dos visados poderão ser alvo de cruzamento de dados de tal modo que ultrapassem o limiar da intimidade, sendo a ideia do autor espanhol citado por Soares³²⁴ expressa da seguinte forma:

“Do mesmo modo como pedras insignificantes podem, juntamente com outras pedras igualmente sem valor, formar uma imagem num mosaico pleno significado, certos dados que, a princípio, pareçam irrelevantes e incapazes de afectar a privacidade, podem, em conjunto com outros dados de iguais características expor e revelar integralmente a intimidade de uma pessoa.”³²⁵.

³²² CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 432. Daí que este autor conclua que: “[...] em circunstâncias concretas de necessidade imperiosa de utilização de nova tecnologia não regulamentada legalmente, e para defesa de bens e valores em risco de dimensão qualitativamente superior, o estado de necessidade subjacente conduz à legalidade de prova, nos termos propostos pelo presente artigo [artigo 125ºCPP]. Nessa hipótese, qualquer intervenção probatória com intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, sem o consentimento do respectivo titular, apenas pode ser admitida nos limites propostos pelo princípio da proporcionalidade e com o apelo à regulamentação de casos análogos. É evidente que estamos sempre perante matérias de reserva de juiz a qual deve ser interpretada e aplicada com o sentido, a função e as implicações que a doutrina e a jurisprudência lhe têm, de forma praticamente unânime, atribuído.” *Ibidem*. Na verdade, em relação a este último elemento citado, comprovámos a sua veracidade no capítulo V deste estudo.

³²³ SOARES, H.L. C. (2015) *A monitorização de suspeito através da implantação de equipamento GPS em veículos: admissibilidade e requisitos em Portugal*, Relatório de Mestrado em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais na unidade curricular de Direito Processual Penal. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

³²⁴ *Idem. Op. Cit.*, p.8.

³²⁵ *Ibidem*.

Conclusão

Uma época marcada por grandes avanços tecnológicos, como é a nossa, acarreta novos desafios significativos no âmbito do direito processual penal, impondo uma reformulação de critérios e de factores a ter em conta no recurso aos métodos ocultos de investigação criminal (meios que permitem a recolha de prova sem que quem a fornece se aperceba que está a auto-incriminar-se de maneira inconsciente). Neste contexto, como explicitámos ao longo deste estudo, advém como imprescindível uma ponderação consistente acerca das soluções de compatibilização entre os interesses adstritos à perseguição penal e a tutela de direitos fundamentais, de modo a que se consiga procurar uma ponte, um equilíbrio constitucionalmente admissível ao recurso a métodos, não raro invasivos.

O direito não pode escamotear a incorporação de novas tecnologias permissivas de meios ocultos de investigação criminal, assim como deve trabalhar no sentido legiferante marcado por um enquadramento cauteloso, mas eficaz de tais métodos ocultos em que se inclui o sistema de localização por via de GPS. Só assim, será possível combater a tendência para fazer deslizar tais métodos para o domínio estrito da analogia, motivo pelo qual não deixámos de defender a importância decisiva de uma legislação autónoma para a matéria que constituiu o nosso objecto de estudo.

É no âmbito do crime organizado e do terrorismo, mas não só, que mais se faz sentir a premência do recurso a métodos ocultos de investigação criminal e onde são mais notórias as contribuições das novas tecnologias ao serviço do processo penal, em abono da investigação criminal, sem nunca se perder de vista o fundamento e limites constitucionais destes mesmos métodos ocultos de investigação, designadamente a legalidade da prova. Não obstante, não devemos cair num excessivo pendor securitário nem sequer num hiper-fortalecimento dos poderes das polícias obtido à custa da redução das competências e da intervenção das magistraturas, pois não podemos esquecer que, após a reforma de 2007 do CPP foi concedido às autoridades de polícia criminal a *competência própria* para obtenção de dados sobre a localização celular (artigo 252º-A do CPP) e que foi contestada por Benjamin Silva Rodrigues³²⁶, considerando a norma como manifestamente inconstitucional, e para além disso, assistiu-se a um alargamento dos conceitos de crimes de catálogo.

Apesar da falta de uma norma habilitante expressa para a utilização do mecanismo de investigação do GPS (a qual é, tal como defendemos, necessária e urgente, até porque a sua feitura daria um significativo contributo para evitar abusos, a utilização discricionária, sem fiscalização, balizas e controlo, pois trata-se de um instrumento que, embora de fraca lesividade, acarreta um potencial de intromissão para os direitos fundamentais e, além disso, traria como benefício o seu enquadramento subsidiário dos meios de obtenção de prova e sua sujeição ao filtro da proporcionalidade) não tem impedido a sua utilização informal na investigação criminal, enquanto meio oculto especialmente eficaz (aspecto já evidenciado pelo TC no aresto 486/2009 de 06-11-2009 considerando que *a recente incorporação da tecnologia GPS (Global Positioning System) no equipamentos móveis permitiu que a localização celular atingisse um grau de precisão muito elevado em matéria de determinação da*

³²⁶ RODRIGUES, Benjamin Silva (2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos, p. 35.

posição geográfica, embora não consideremos como sobreponíveis as duas técnicas) quanto à obtenção de certas informações que nenhum outro mecanismo processual, ao nível dos meios de obtenção de prova, pode conceder, pelo que, também neste caso, o Direito está um passo atrás da potencialidade deste meio tecnológico.

Em termos de contextualização dos métodos ocultos de investigação criminal, chamámos a atenção para o seu crescimento exponencial³²⁷.

Igualmente, mostrámos a impossibilidade de negligenciar o facto de tais métodos ocultos de investigação tenderem a uma mais ou menos acentuada restrição dos direitos fundamentais³²⁸, em grande medida devida ao crescimento de preocupações securitárias, especialmente num tempo como o nosso marcado pelo fenómeno do terrorismo.

Concluimos ainda, no que ao mecanismo de GPS diz respeito, pela sua pouca intensividade ao nível da intrusividade na intimidade/privacidade, pelo que não

³²⁷ ALBRECHT, Hans-Jörg, considera a este propósito o seguinte: “Desencadeados pelo dramático progresso tecnológico, alteram-se os modelos de comunicação e comportamento e com isso, também os pontos de partida para as investigações criminais, que encontram na crescente convergência das tecnologias de informação e de comunicação um espaço de intervenção alargado e muito para além da suspeita do crime os métodos de investigação secretos acarretam uma alteração da importância do julgamento para a fase de inquérito.”. (2009) “Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. Mário Ferreira Monte et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p. 726. A disseminação de métodos ocultos de investigação que este autor considera a par do crescimento da criminalidade organizada é altamente complexa para a qual os métodos de investigação ditos tradicionais já não se mostram adequados à sua investigação. ALBRECHT, Hans-Jörg, (2011) “Criminalidade Organizada na Europa: Perspectiva Teórica e Empírica”, in *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, p.74.

³²⁸ “Por consequência, do lado reverso da medalha, surge uma cada vez maior compressão dos direitos fundamentais, à medida que os métodos ocultos de investigação crescem de forma exponencial (quer em número, quer em danosidade), potenciando os conflitos entre o interesse público na eficácia da investigação criminal e os direitos liberdades e garantias dos visados. Não obstante, como nota o TEDH «mesmo perante as mais difíceis circunstâncias, como a luta contra o terrorismo e o crime organizado, a protecção dos direitos fundamentais não é negociável para lá das excepções e derrogações previstas pela própria Convenção».”. RODRIGUES, Cláudio Lima (2013) *Dos Pressupostos Materiais de Autorização de uma Escuta Telefónica*. Portal Verbo Jurídico. Disponível em [em linha] http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_autorizacaoescutatelefonica.pdf, consultado em 26/10/2017, p. 11. No mesmo sentido segue o seguinte ponto de vista: “Mas, há o outro lado da lua. A patente danosidade social, expressa no sacrifício de bens jurídicos e direitos fundamentais. [...] esta danosidade social polimórfica expressa na pluralidade e dispersão dos bens ou direitos sacrificados encontra réplica no plano subjectivo, no universo das pessoas atingidas. Isto à vista da natural tendência das medidas para fazer alastrar a sua mancha de lesividade a um número indeterminado e incontornável de pessoas, mesmo a não suspeitos de qualquer infracção. Na curta história das medidas ocultas de investigação é possível referenciar uma tendência para o *aprofundamento e agravamento da correspondente danosidade social*.”. ANDRADE, Manuel da Costa (2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral)”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. MÁRIO FERREIRA MONTE et al.), Coimbra: Coimbra Editora, p.536.

contende de forma intensa com princípios constitucionais fundamentais, nem tampouco com princípios rectores do processo penal português. Uma visão, desde logo aventada pelo TRE enquanto pioneiro na abordagem desta temática no seu aresto de 07-10-2008, pois argumentou o mesmo que apesar de em qualquer momento poder saber-se onde está a viatura, se desconhecer o que é que o seu(s) ocupante(s) está(ão) a fazer de concreto. Aliás, o aresto faz o contraponto com o seguimento clássico, mostrando que o sistema de localização, por via de GPS, é de facto muito menos intrusivo do que aquele e, por conseguinte, revela que a potencial intromissão na vida privada não é suficiente para preencher o âmbito abusivo tal como estipulados no artigo 126º CPP.

Mais concluímos, com base no princípio da prova livre (artigo 125º do CPP) a sua admissibilidade como mecanismo de investigação criminal e a sua utilização atípica por parte dos órgãos investigatórios com a ressalva de que nesse mecanismo não pode estar enleada uma utilização puramente arbitrária e sujeita a uma total discricionariedade, pelo que na sua utilização devem pontificar as traves que alicerçam o princípio da proporcionalidade.

No que ao direito laboral diz respeito – que fora outra das vertentes que explorámos, com base sobretudo na jurisprudência, sem negligenciar a doutrina relevante a este respeito – concluímos que as novas tecnologias podem potenciar o poder de controlo electrónico pelo empregador e que, não será lícito recorrer ao instrumento da geolocalização por GPS com a finalidade de controlo electrónico dos trabalhadores.

Se é verdade que tais dispositivos de geolocalização visam, muitas vezes, somente a localização da pessoa, fazendo com que se não inscreva entre os métodos ocultos onde é patente uma invasão elevada da privacidade, é preciso, contudo, relevar que existe a possibilidade real de criação de um perfil da vida profissional e até extra-profissional dos trabalhadores, caindo-se assim na denominada “sociedade de controlo”, tal como reflectida por G. Deleuze. Essa é uma outra razão para a urgência de uma legislação que evite quaisquer ameaças associadas à arbitrariedade. Por outro lado, essa faculdade panóptica torna-se ainda maior quando estamos diante de dispositivos móveis presentes em *smartphones e tablets*, já que estes propiciam uma intrusão no núcleo mais íntimo da vida privada das pessoas, sem que estas se apercebam de que transmitam dados de localização.

Acerca desta matéria mais aventámos que será necessária uma ponderação casuística face aos interesses e valores em jogo (naturalmente conjugados com o

princípio da proporcionalidade), de modo a que se possa aferir se a utilização do GPS viola ou não o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador e se o grau da afectação for elevado então não será admissível, nesta sede, a utilização de GPS.

Por outro lado, com suporte jurisprudencial, também verificámos que um dispositivo de GPS instalado num veículo automóvel, por exemplo, atribuído a um técnico de vendas, não constitui verdadeiramente um meio de vigilância à distância no local de trabalho, porquanto tal sistema é insusceptível de captar as circunstâncias, a duração e os resultados das visitas realizadas aos clientes, e tampouco identificar os respectivos intervenientes, parecendo-nos ser essa a melhor interpretação a extrair do artigo 20º do CT.

Por isso, em coerência, seja por via de uma interpretação extensiva, seja através de uma interpretação actualista, o dispositivo GPS instalado no veículo automóvel atribuído ao trabalhador e para as finalidades antes referidas, não deve ser englobado no conceito de meio de vigilância à distância no local de trabalho (Acórdão TRP de 22/04/2013)³²⁹.

Mais reflectimos sobre o facto de o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores poder manifestar-se como legítimo, caso possua como fundamento o contrato de trabalho ou quando se revele necessário ao exercício da actividade económica do respectivo responsável, dependendo ainda a sua licitude da circunstância de estar em causa a protecção e segurança das pessoas e dos bens ou mesmo de certo tipo de actividades que acarretem riscos para os trabalhadores, não permitindo aferir as condutas do trabalhador para lá da situação geográfica. Por fim, nesta matéria, defendemos que os registos provenientes dos dispositivos de GPS, desde que licitamente instalados, poderão ser utilizados em sede de procedimento disciplinar ou inclusive em sede de processo judicial.

Nesta linha, e a propósito do sistema de GPS defendemos a necessidade de que a investigação possa, no respeito pelos princípios constitucionais e processuais penais, assumir uma intervenção pro-activa de maneira a antecipar-se com o fito de evitar a

³²⁹ Daí que discordemos com a seguinte posição: “Com a utilização do GPS o empregador pode seguir passo a passo o percurso do trabalhador e apesar de não ver o que este faz sabe o que este faz a cada momento. E para se vigiar alguém não é necessário ver-lhe a face, mas tao só saber-se da sua posição, onde se encontra, por onde anda e por onde vai. E com os registos dos «passos do trabalhador» e da sua posição pode o empregador proceder a um tratamento de dados pessoais, identificando o respectivo condutor/trabalhador, assim, caindo no âmbito do artigo 17º, nº2 do CT.”. RIBEIRO, Céu Gonçalves (2013) *GPS. Violação da Reserva da Intimidade Privada do Trabalhador?* Disponível em [Em linha] www.juscertus.blogspot.pt/2013/06/gps-violacao-da-reserva-da-intimidade.html, consultado em 17/12/2017.

prática de crimes (nomeadamente de tráfico de estupefacientes; raptos; furtos; sequestros; tráfico de pessoas, órgãos, branqueamento de capitais entre outros)³³⁰, substituindo o paradigma de uma resposta fundamentalmente reactiva das autoridades³³¹.

Uma outra conclusão que extraímos desta nossa investigação diz respeito ao conflito entre a busca pela verdade material e a necessidade de o Estado se pautar por uma investigação criminal eficaz, sendo que, a este propósito enfatizamos que o respeito por basilares direitos fundamentais do cidadão enformadores de um Estado de Direito Democrático jamais podem ser aniquilados, designadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26º da CRP), o direito à inviolabilidade das comunicações (artigo 34º, nº4 da CRP).

Além disso, não deixámos de acentuar que este inevitável conflito requer que se tenha por horizonte o corolário imprescindível à restrição de quaisquer direitos fundamentais, a saber: o princípio da proporcionalidade, à luz do artigo 18º, nº2 da CRP, porquanto concordamos com Figueiredo Dias quando afirma, a partir de Henkel, *que todo o Direito Processual Penal é Direito Constitucional aplicado*³³².

³³⁰ A este respeito, enfatizamos a seguinte reflexão: “O crime organizado é um dos fenómenos criminosos que tem cada vez mais importância na actualidade, em virtude de ser um tipo de criminalidade em elevado desenvolvimento e expansão, e que acarreta graves consequências para a sociedade [...] é, assim, compreensível a classificação da criminalidade organizada como um problema à escala mundial. Centrando-nos em Portugal, verifica-se que este fenómeno é considerado como uma das ameaças à segurança interna. Tendo em conta que o país em virtude da sua localização geográfica é um estímulo para estas organizações, essencialmente para inserir produtos ilícitos (v.g. estupefacientes) no contexto europeu (Relatório Anual de Segurança Interna, 2013, p. 30) [Disponível em [em linha] <https://www.portugal.gov.pt/media/1391220/RASI%202013.pdf>, consultado em 10/12/2017].”. OLIVEIRA, João Cosme Teixeira de (2015) *Investigação no crime organizado. Métodos ocultos de investigação – A partir da actuação do agente infiltrado*, Universidade Lusíada do Porto, p. 4. Por sua vez, Beling considera que: “Todos os progressos da técnica podem e devem estar ao serviço do Processo Penal o qual efectivamente também deve estar à altura dos tempos.”. BELING, Ernst, (2009) “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el Proceso Penal”, in *Las prohibiciones probatorias* (coord. Kai Ambos e Óscar Julián Guerrero), Bogotá: Temis, p. 5.

³³¹ Enfatizamos esta consideração da UNODC : “The value of employing electronic surveillance in the investigation of some forms of serious crime, in particular organized crime, is unquestionable. It allows the gathering of information unattainable through other means. Some countries have utilized surreptitious electronic surveillance for nearly a century. For others it is a more recent phenomenon, and for some it is not yet utilized at all.”. (2009), *Current practices in electronic surveillance in the investigation of serious and organized crime*. New-York, United Nations Publication. Disponível em, [em linha] https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic_surveillance.pdf, consultado em 25/10/2017, p. 1.

³³² DIAS, Jorge de Figueiredo (2004) *Direito Processual Penal*, Reimpressão da 1ª ed. de 1974. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 74 e ss.. Cf. Também ANTUNES, Maria João (2009) “Direito Processual Penal - Direito Constitucional Aplicado”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora.

Bibliografia geral

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2009) *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica.
- ALEXANDRINO, José de Melo,
(2006) *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa. Raízes e Contexto*, Vol. I, Coimbra: Almedina.
(2006) *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa. A Construção Dogmática*, Vol. II, Coimbra: Almedina.

- (2007) *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2ª ed., Cascais: Princípia.
- ALEXY, Robert (2009) Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Ibero-americana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº11 (Jan. – Jun. de 2009).
 - ALMEIDA, Carlota Pizarro de (2004) “A Cooperação Judiciária Internacional”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina.
 - AMBOS, KAI (2007) *Derecho Penal del inimigo*, Bogotá, Universidade, Externato de Colombi.
 - ANTUNES, Maria João (2009) “Direito Processual Penal - Direito Constitucional Aplicado”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora.
 - ANDRADE, José Vieira de, (2009) *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra: Almedina.
 - ASCENSÃO, José de Oliveira (2001) *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra: Almedina.
 - BELEZA, Teresa (1998) “Tão amigo que nós eramos – o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português”, in *Revista do Ministério Público*, Nº74.
 - BRONZE, Fernando José (1994) *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante nos polos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora.
 - CAETANO, Marcello (1996) *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra: Coimbra Editora.
 - COMISSÃO EUROPEIA (1988) *Livro Verde sobre Os Direitos de Autor e o Desafio da Tecnologia*, Comissão das Comunidades Europeias.
 - CAMPOS, D. Leite de, (1995) *Lições de Direito de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora.
 - CANOTILHO, J.J Gomes (2002) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra: Almedina.
 - CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
 - CARVALHO, Orlando de (1970) *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra: Coimbra Editora.

- CASTRO, Catarina Sarmiento e COSTA, José de Faria (1996) “O Direito Penal, a Informática e a Reserva da Vida Privada, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, Coimbra.
- COSTA, José Faria, (2001) “Consenso, Verdade e Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito* (BFD), Vol. LXXVII.
- CORREIA, João Conde,
(1999) “Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais”, in *Studia Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora.
(2006) “A distinção entre prova proibida por violação dos Direitos Fundamentais e prova nula numa perspetiva essencialmente jurisprudencial”, in *Revista do CEJ*, n.º 4 (1.º semestre de 2006), pp. 175-202.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo (2006) *O Direito de Manifestação – Âmbito de Protecção e Restrições*, Coimbra: Almedina.
- DELEUZE, G. (1992) *Post-Scriptum sobre as sociedades de controle*, disponível em [em linha] http://www.portalgens.com.br/filosofia/textos/sociedades_de_controle_deleuze.pdf, consultado em 16/12/2017.
- DIAS, Augusto Silva (2009) “Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia do combate ao crime organizado”, *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora.
- DRAY, Guilherme (2013) *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed., Coimbra: Almedina.
- EIRAS, Henriques (2010), *Processo Penal Elementar*, 8ª ed. Actualizada. Lisboa: Editora Quid Juris.
- FARIA, Costa,
(1992), *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
(1998) *Direito Penal da Comunicação - Alguns escritos*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge,
(1983) “Para uma Reforma Global do Processo Penal Português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, in *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra.
(2004) *Direito Processual Penal*, Reimpressão da 1ª ed. de 1974. Coimbra: Coimbra Editora.
- FOUCAULT, Michel (1987) “*Vigiar e Punir: nascimento da prisão*”, 27ª Ed.. trad. bras., Raquel Ramallete Petrópolis: Ed. Vozes.
- GONÇALVES, Maria Eduarda (2003), *Direito da Informação*, Coimbra: Almedina.

- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia (2009), *Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar*, 17ª ed., Coimbra: Almedina.
- GOSSEL, Karl – Heinz (1992) “As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Julho/Setembro, pp.397-442.
- GUASTINI, Riccardo “Ponderation: un análisis de los conflictos entre Principios Constitucionales”, in *Revista Mensual de Jurisprudência*, Ano 2, nº8 (agosto de 2007), pp. 636 e ss..
- HASSEMER, W. (2004) “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (Coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, pp. 15-25.
- Kant, Emmanuel, (2017) *Crítica da Faculdade do Juízo*, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda.
- LARENZ, Karl (1989) *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LOURENÇO, Nelson (2011) “O Sentimento de Insegurança e Estado de Direito”, in *Segurança e Defesa*, nº17, Abril – Junho.
- MACHADO, BAPTISTA (2002) *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina.
- Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto (2009), *Código de Processo Penal. Comentários e Notas práticas*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MENDES, Castro (1977) *Direitos, Liberdades e Garantias*, in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. I. Lisboa.
- MENDES, Paulo de Sousa (2013) *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2003) *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra: Almedina.
- MESQUITA, Paulo Dá (2010) *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora.
- (2005) *Direito do Trabalho*, 2ª ed., Coimbra: Almedina.
- MIGUEL, Carlos Reis et. al. (2004) *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Coimbra.
- MIRANDA, Felipe, Arady (2009) *O Dever de Fundamentar as Decisões dos Tribunais*, Lisboa: FDUL.
- MIRANDA, Jorge, (2006) *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, Cascais: Princípia.

- (2012) *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV. 5^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRANDA, Jorge e, SILVA, Jorge Pereira da (2006) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Cascais: Princípa.
 - MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (coord.), (2010) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.
 - MONIZ, Helena (2002) “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, in *Revista Portuguesa e Ciência Criminal (RPCC)*. Ano 12, nº2, Abril/Junho, pp- 237-264.
 - MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho (2016) *Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina. Disponível em [em linha] <https://books.google.pt, consultado em 18/12/2017>.
 - MOURA, José Souto de (2005) “A protecção dos Direitos Fundamentais no Processo” Penal, in *I Congresso de Processo Penal. Memórias* (coord. Manuel Guedes Valente), Coimbra: Almedina.
 - NEVES, Rita Castanheira (2011) *As Ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal: Natureza e Respective Regime Jurídico do Correio Electrónico enquanto meio de Obtenção de Prova*, Coimbra: Coimbra Editora.
 - NOVAIS, Jorge dos Reis,
(2003) *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Parte II. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora.
(2006) *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra Editora.
(2012) *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora.
(2014) *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora.
 - OLIVEIRA, Júlio César, (2001) *O Princípio da Livre Convicção, o Juiz e o Dever de Fundamentação da Decisão Penal*, Dissertação apresentada à FDUL, Lisboa.
 - OLIVEIRA, Martins de, (2010) “Prova Criminal e Direito da Defesa”, in *Da autonomia do regime das proibições de prova*, Coimbra: Edições Almedina.
 - OTERO, Paulo, (2014) *Direito Constitucional Português*, Vol. I. Coimbra: Almedina.
 - PALMA, Maria Fernanda,

- (2004) “O Problema Penal do Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp-41-53.
- (2011) *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina.
- (2017) *Direito Penal. Conceito material de crime. Princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2ª ed. Lisboa: AAFDL.
- PAS, Rubio, José Maria (1992) *La Prueba en el Proceso Penal*, Madrid [S.N.].
 - PEREIRA, Joel Timóteo Ramos (2004) *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Lisboa: Quid Juris.
 - RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (2012) *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II. 4ª ed. Coimbra: Almedina.
 - REBELO, Glória (2004) *Teletrabalho e Privacidade – Contributos e Desafios para o Direito do Trabalho*, Lisboa: Editora RH.
 - REDINHA, Regina,
(2003) *Direitos de Personalidade – anotação ao Código do Trabalho de 2013*, Publicações online. Faculdade de Direito. Universidade do Porto. Disponível em [em linha] <http://www.cije.up.pt>, consultado em 15-09-2017.
(2004) “Os Direitos de Personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão”, in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora.
 - RODRIGUES, Benjamin Silva (2009) *Direito Penal. Parte especial I. Direito Penal Informático-digital*. Coimbra: Coimbra Editora.
 - RODRIGUES, A. M (2006) “Globalização, Democracia e Crime. In M.M.G. Valente (COORD.). in *II Congresso de Processo Penal: Memórias*. Coimbra: Almedina, pp. 17-57.
 - RODRIGUEZ, L. Z. (2001) *Política Criminal*. Madrid: Editora Colex.
 - ROXIN, C. (2009) “Sobre o Desenvolvimento do Direito Processual Alemão” in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* Coimbra: Coimbra Editora, pp. 385-398.
 - SANTOS, André Teixeira dos (2008) “Os novos desafios do Direito Penal no século XXI”, in *Scientia Jurídica*. nº 316.
 - SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, (2008) *Código de Processo Penal Anotado*, 3ª ed. Vol. I. Lisboa: Rei dos Livros.

- SERRANO, Nicolás González-Cuellar (1990) *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Colex.
- SILVA, Germano Marques da,
(1987/1988) Princípios Gerais do Processo Penal e Constituição da República Portuguesa, in: *Direito e Justiça- Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa*. Volume de homenagem ao Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, Vol. III.
(2006): “Produção e Valoração da Prova em Processo Penal”, in *Revista do CEJ*, nº4, 1º semestre pp.37-53.
(2008), *Curso de Processo Penal I*, 5ª ed., Lisboa, Editorial Verbo.
(2008), *Curso de Processo Penal II*, 4ª ed., Lisboa, Editorial Verbo.
- SOARES, Paulo (2017) *Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia*, 2ª ed. Coimbra: Almedina.
- SOUSA, Capelo de (1978) *A Constituição e os Direitos de Personalidade*, in *Estudos sobre a Constituição*, Vol II. Lisboa.
- SOUSA, João Castro e, (1985) *A Tramitação do Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SOUSA, Miguel Teixeira de (1997) *Estudos sobre o novo Processo Civil*, 2º ed., Lisboa: Lex.
- SOUSA, R, Capelo (1995) *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SOUSA, Susana Aires (2003) in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora.
- TELLES, Inocêncio Galvão (2010) *Introdução ao estudo do Direito*, Vol. I. 11ª ed. – Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.
- TONINI, Paolo e CONTI, Carlotta (2014) *Il Diritto Delle Prove Penali*, 2ª ed. Milano Giuffrè Editore.
- TONINI, Paolo (2010) *Manuale di Procedura Penale*, 11º ed. Milano: Giuffrè Editore.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de (2006) *Direitos de Personalidade*, Coimbra: Almedina.

Bibliografia específica

- ALBRECHT, Hans-Jörg,

- (2009) “Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. Mário Ferreira Monte et al.), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 725-743.
- (2011) “Criminalidade Organizada na Europa: Perspectiva Teorética e Empírica”, in *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, Manuel da Costa,

(1984) “Sobre a valoração, como meio de prova, em Processo Penal, das gravações produzidas por particulares”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. I, Boletim da FDUC, Coimbra, pp. 545 a 622.

(1991) “Sobre o Regime Processual Penal das escutas telefónicas”, in *RPCC*, Ano 1, nº3, Jul/Set, 369- 408.

(1996) *Sobre os meios de prova em processo penal*. Coimbra: Almedina.

(1999) *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, pp-725-742.

(2006) *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Reimpressão da Edição de 1992, Coimbra: Coimbra Editora.

(2008) “Domicílio, Intimidade privada e Constituição”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Nº3953, Novembro/Dezembro.

(2009) “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora.

(2009) “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. Mário Ferreira Monte et al.), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 525-551.

(2013) “O Regime dos «conhecimentos da investigação» em Processo Penal: Reflexões a partir das escutas telefónicas”, in *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma «cirúrgica»?* (org. André Lamas Leite), Coimbra: Coimbra Editora.
 - BARREIROS, José António (1977) “Informática, Liberdade e Privacidade”, in *Estudos sobre a Constituição*, Vol.I. Lisboa: Petrony.

- BELING, Ernst, (2009) “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el Proceso Penal”, in *Las prohibiciones probatorias* (coord. Kai Ambos e Óscar Julián Guerrero), Bogotá: Temis, pp. 3-56.
- BENEVIDES, Maria de Almeida (2002) *Reflexão sobre a Privacidade na Era Cibernética*, Lisboa.
- BONIFÁCIO, José Luís (1998) *O Direito Fundamental da Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar*, Lisboa.
- CABRAL, José Santos (2016) “Anotação ao artigo 126º – Métodos proibidos de prova”, in AA. VV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina.
- CAIADO, Nuno Franco (2014) “Vigilância Electrónica e Prova: estudo de um caso e algumas reflexões”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova* (Coord. Maria Fernanda Palma). Coimbra: Almedina.
- CABRAL, Rita Amaral (1988) “O Direito à Intimidade da Vida Privada”, in *Separata dos Estudos em Memória do Prof. Dr. Paulo Cunha*, pp 24-37.
- CANONI, John (2004) “Location Awareness Technology and Employee Privacy Rights”, in *Employee Relations Law Journal*, Vol. 30, nº1.
- CAREY, Peter (2004) *Data Protection – A Practical Guide to UK and EU Law*, Second edition. Oxford: University Press.
- CASTRO, Catarina Sarmiento (2002) “A Protecção dos dados pessoais dos trabalhadores”, in *Questões Laborais*, Ano IX, nº 14.
- CASTRO, Javier Gárate (2006) “Derechos Fundamentales del trabajador y control de la prestation de trabajo por medio de sistemas proporcionados por las nuevas tecnologías”, in *Minerva- Revista de Estudos Laborais*, Ano V, nº8.
- COCCO, Magda e BARROS, Inês Antas de (2012) “Privacidade & Protecção de Dados”, in *flash informativo*, Vieira de Almeida & Associados, Disponível em [em linha] www.vda.pt , consultado em 10/10/2017.
- COMISSÃO EUROPEIA (2001) *Protecção de Dados na União Europeia*, Serviços de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo.
- CORREIA, João Conde,
(1999) “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32, nº8, 2ª parte da CRP)”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 20. Jul/Set. nº 79..
(2014) “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter”, in *RMP*, nº 139. Julho: Setembro.

- COSTA, Eduardo Maia, (2014) “Ações encobertas (alguns problemas, algumas sugestões)”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício* (org. Maria João Antunes), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 357-369.
- COSTA, José de Faria (2005) “A criminalidade em um mundo globalizado: ou Plädoyer por um Direito Penal – securitário”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 135º, nº 3934, Set/Outubro Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, José Manuel Damião da,
(2006) “Dos meios de obtenção da prova face à autonomia técnica e tática dos órgãos de polícia criminal”, in *II Congresso de Processo Penal. Memórias* (coord: Manuel Guedes Valente), Coimbra: Almedina, pp. 68-73.
(1999) “Devassa por meio da informática”, in *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora. pp. 743-751
- CRUZ, R. M. F. S. (2015) *Sobre a admissibilidade da localização por GPS como meio de obtenção de prova atípico em Processo Penal*, Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Forenses. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-inculpação (nemo tenetur et ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora.
- DRUMMOND, Victor (2003) *O Direito à Privacidade e à Internet*, Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris.
- EIRAS, Agostinho (1992) *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FARIA COSTA, José de (1999) “As Telecomunicações e a Privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista” *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, pp 49-78.
- FARIA, Nuno Serrão de, (2010) “Acesso aos registos das escutas telefónicas – os poderes de destruição do juiz de instrução”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em Processo Penal* (coord. Teresa Pizarro).
- FERREIRA, Marques, (1988) “Meios de prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal, o novo código de processo penal*. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina.

- FONSECA, JC (2004) “Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp 411-448.
- FREDERICA, I. (2013) “Satellite Talking and Fundamental Rights: A Comparative Study”, in *European Criminal Law Review*. Vol. III, pp 376-385.
- GASPAR, António Henriques (2004) “As acções encobertas e o Processo Penal – Questões sobre a prova e o processo equitativo”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (org. CEJ), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 43-53.
- GASS, Didier, (2006) “Protección de Datos Personales y Localization”, La revista de la Agencia de protecção de datos de la comunidade. Madrid Nº 23. Disponível em, [em linha] www.Datospersonales.org, consultado em 21/11/2017.
- GENTILE, D. (2010) *Tracking Satellitare Mediante GPS: Attività Atipica di Indagine o Intercettazione di Dati?* Disponível em, [em linha] http://www.eliss.org/new/formazione/Tracking_satellitare_mediante_gps.pdf, consultado em 07/10/2017.
- GIL, Susanna I.P. ferreira dos Santos (2017) “Os Meios de Vigilância à Distância”, in *Revista Luso*, nº25. Disponível em, [em linha] <https://bdjur.stijus.br>, consultado em 05/10/2017.
- GOMES, M.J. (1982) “O Problema da Salvaguarda da Privacidade antes e depois do computador”, in *Separata BMJ*, nº 319.
- GONÇALVES, João Gama (2017), “A prova Digital em 2017 – Reflexões sobre algumas insuficiências processuais e dificuldades da investigação in *CEDIS, Centro de I& D sobre Direito e Sociedade*, nº 57, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pp. 1-41.
- GONÇALVES, M. Maia (1988) “Meios de prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal, o novo código de processo penal*. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Livraria Almedina, pp.191 - 218.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (1991) “Os Direitos Fundamentais à Protecção dos Dados Pessoais Informatizados”, in *ROA*, ano 51, nº3, Dezembro, pp. 699-732.
- GUERRA, Amadeu
(1987) *Informática e Tratamento de Dados Pessoais: os direitos dos cidadãos e as obrigações dos responsáveis pelos tratamentos automáticos*, Lisboa.
(1999) *Informática e Privacidade*. Lisboa.

- (1999) Telecomunicações e protecção de dados. *As telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: instituto jurídico da comunicação, pp.107-121.
- (2001) *A Lei de Protecção de Dados Pessoais*. Coimbra.
- (2008) “A Privacidade no Local de Trabalho”, in *Direito da sociedade da informação*. Separata do volume VI, Coimbra: Coimbra Editora.
- HENRIQUES, João Paulo Grencha Carreira Nunes (2016), *A obtenção intrusiva da prova e as novas tecnologias: a obtenção de prova por meio de GPS*, Dissertação de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa.
 - JUDICE, J.M. (2007) “Investigação Criminal: instrumento da justiça ou da segurança?” In *Modus Operandi*.
 - JÚNIOR, António Humberto de Souza (2003) “Será o Estado pós-moderno um Estado neo-policial? In *Estudos de Direito de Polícia. Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002* [Regência: Jorge Miranda]. Lisboa AAFDL, pp. 463 e ss..
 - *Jurisprudência sobre prova digital*
(27 de Agosto de 2015), Nota prática nº 06/2015, Ministério Público, Portugal, Procuradoria-Geral da República, Gabinete Cibercrime, pp.1-9. Disponível em [em linha]
http://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota_pratica_6_jurisprudencia_processual.pdf , consultado em 12/11/2017.
- (2 de Novembro de 2017) Nota prática nº 12/2017, Ministério Público, Portugal, Procuradoria-Geral da República, Gabinete Cibercrime, pp. 2- 19. Disponível em [em linha]
http://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota_pratica_12_jurisprudencia_prova_digital.pdf , consultado em 12/11/2017.
- LAINZ, J.L.R. (2014) *GPS y balizas policiales (aspectos legales)*. Disponível em, [em linha] <http://ugtaytomadrid.mforos.com/1934721/11551482-gps-y-balizas-policiales-aspectos-legales/> consultado em 15/11/2017.
 - LEITE, André Lamas, (2004) “As escutas telefónicas- algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivas da respetiva violação”, in *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 1. Coimbra: Coimbra Editora.
 - LOPES, J. Mouraz (2005) “Escutas telefónicas: seis teses e uma conclusão, in *RMP*, Ano 26º nº 104.

- LOPES, J. Mouraz e CABREITO, Carlos Antão (2006) “A Emergência da Prova Digital na Investigação da Criminalidade Informática, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº 35, Abril/Junho. Coimbra: Almedina
- LOPES, Seabra (2002) “A Protecção da Privacidade e dos Dados na Sociedade da Informação, in *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- MAERO, Giancarlo, (2001) *Le Prove Atipiche nel Processo Civile*, Milano, Casa Editrice Dott.
- MARMURA, Stephanie e PEROFF, (2005) *Pasha Location Technologies: Mobility, Surveillance and Privacy*, Canadá: Queen’s University.
- MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço (2000) “*Direito da Informática*”, Coimbra: Almedina.
- MARQUES, Garcia (1999) Telecomunicações e protecção de dados (do número nacional único aos novos atentados à vida privada), in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, pp 81-105.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima (2011) *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Coimbra: Almedina.
- MARTÍ, Roser Casanova (2014) *Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal*, Editorial: J.M. Bosch Editor, S.A..
- MARTINS, Alberto (1991) “Protecção de Dados Pessoais Informatizados na Constituição da República Portuguesa”, in *DDC*, nº47-48, pp. 425-436.
- MEIREIRS, Manuel Augusto Alves (1999) *O Regime das Provas Obtido pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina.
- MENDES, Luís Azevedo (2016) “Privacidade e Tecnologia de Informação em Contexto Laboral”, in *Intervenção no VIII Colóquio Anual Sobre Direito do Trabalho do Supremo Tribunal de Justiça*, Outubro de 2016. Disponível em, [em linha] http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VIII_coloquio_DT/LusAzevedoMendes.pdf , consultado em 03/09/2017.
- MENDES, Paulo de Sousa, (2004) “As proibições de prova no Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (org. Maria Fernanda Palma). Coimbra: Almedina, pp. 133-154
- MESQUITA, Paulo Dá, (2010) “Prolegómenos sobre prova electrónica e interceptação de telecomunicações no Direito Processual Penal português – o Código e a Lei do Cibercrime”, in *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 83-129.

- MILITÃO, Renato Júlio Lopes de Almeida (s. d.) *A Propósito da Prova Digital no Processo Penal*. Lisboa: Universidade Nova.
- MONIZ, Helena (1997) “Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática”, in *RPCC*, Ano 7, nº2.
- MONTE, Mário Ferreira,
(1997) “A relevância da actuação dos agentes infiltrados ou provocadores no Processo Penal”, in *Scientia Iuridica*, Janeiro-Junho. Tomo XLVI. nº 265/267.
(2004) “O registo de voz e imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira – Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (org. CEJ), Coimbra, pp. 79-106.
- MORÃO, Helena,
(2006) “O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 4 (Outubro-Dezembro de 2006), pp. 575-620.
(2016) MOURÃO, Helena in AA. VV, *Código de Processo Penal comentado*, 2ª ed. Almedina.
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho,
(2010) *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias e Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Coimbra: Almedina.
(2011) “A Privacidade dos Trabalhadores e a Utilização de Tecnologias de Identificação por Radiofrequência, in *Estudos do Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina.
(2012) “Novas Tecnologias: um admirável mundo novo do trabalho?”, in *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória*. nº XI.
- MULAS, N.S. (2005) “Los medios de obtención de pruebas en España (entrada y registro en lugar cerrado y intervención de las comunicaciones), in *I Congresso de Processo Penal: Memórias*, Coimbra: Almedina pp 313-343.
- NETO, Luísa, (2011): “Acórdãos do TC nºs 213/2008 e 486/2009: A prova numa sociedade transparente”, in *Revista Científica Nacional*, pp. 315 – 340.
- NEVES, Rita Castanheira (1995): “O Princípio da Legalidade Criminal”, in *Digesta - Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol 1º. Coimbra: Coimbra Editora.
- NUNES, Duarte Rodrigues,

- (2015) “*O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*”. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais, policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- (2017) “A admissibilidade da obtenção, diretamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português”, in *Julgar*, N.º 32 (Maio-Agosto 2017).
- OLIVEIRA, João Cosme Teixeira de (2015) *Investigação no crime organizado. Métodos ocultos de investigação – A partir da actuação do agente infiltrado*, Universidade Lusíada do Porto.
 - ONETO, Isabel, (2005) *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*, Coimbra: Coimbra Editora.
 - OTERO, Paulo,

(2001) *A Democracia Totalitária. Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Cascais: Princípiã, pp. 147 – 204.

(2007) *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol.I, Coimbra: Almedina, pp. 609 – 668.
 - ORTEGA, López *La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en el Proceso Penal. La Protección Jurídica de la Intimidad..*
 - PALMA, Maria Fernanda, (2006) “Tutela da Vida Privada e Processo Penal: Realidades e Perspetivas Constitucionais”, in *Jurisprudência Constitucional*. nº 10, Abril-Junho, pp. 3-12.
 - PALMA, Maria Fernanda, ALMEIDA, Carlota Pizarro de, DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo de Sousa (2014) *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra: Almedina.
 - PEREIRA, Bruno de Carvalho (2016) *O sistema de geolocalização GPS no Processo Penal Português. Visão integradora ou atípica no quadro dos meios de obtenção de prova*, Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito.
 - PEREIRA, R. (2008) “Informações e Investigação Criminal”, in *Modelos de polícia e investigação criminal: a relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária - Atas do 1º Congresso de Investigação Criminal*, Porto: NorPrint, pp. 191-199.
 - PEREIRA, Sandra (2010) “A recolha de prova por agente infiltrado”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em Processo Penal*, Coimbra: Almedina.

- PINTO, Paulo Mota (2006) “A protecção da vida privada no Tribunal Constitucional”, in *Jurisprudência Constitucional*, nº 10, Abril – Junho.
- PRATAS, B.J.F. (2009) *Da localização celular: a problemática subjacente*, Lisboa: Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna.
- RAMALHO, David Silva,
(2016) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
(2014) “A recolha de prova penal em sistemas de computação em nuvem”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2 (Dezembro), pp. 123-162.
- RAY, Jean-Emmanuel (2004) “Géolocalisation de données personnelles et Droit du Travail”, in *Droit Social*, nº12.
- RIBEIRO, Céu Gonçalves (2013) *GPS. Violação da Reserva da Intimidade Privada do Trabalhador?* Disponível em [Em linha] www.juscertus.blogspot.pt/2013/06/gps-violaçao-da-reserva-da-intimidade.html, consultado em 04/09/2017.
- ROCHA, R.F.M. (2015) *A utilização do GPS para seguimento de veículo e o Processo Penal*, Relatório de Doutoramento em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais na Unidade Curricular de Direito Processual Penal. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- RODRIGUES, Benjamin Silva,
(2008) *Das Escutas Telefónicas: a Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.
(2008) *Das Escutas Telefónicas à Obtenção da Prova [em ambiente digital]*, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora.
(2010) *Da Prova Penal: Bruscamente... a (s) face (s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos.
(2010) *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, 3ª ed. Tomo II. Lisboa: Rei dos Livros.
(2011) *Da Prova Penal: Novos Métodos “Científicos” In Revista de Investigação Criminal Nas Fronteiras Das Nossas Crenças*, Tomo VI. Lisboa: Rei dos Livros.
- RODRIGUES, Cláudio Lima

- (2013) *Dos Pressupostos Materiais de Autorização de uma Escuta Telefónica*. Portal Verbo Jurídico. Disponível em [em linha] http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_autorizacaoescutatelefonica.pdf, consultado em 26/10/2017.
- (2015) “Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos mediante a realização de uma escuta telefónica”, in *Data Vénia*. Revista Jurídica Digital. Ano 2, nº3.
- RODRIGUES, J. Cunha (1996) “Informática e Reserva da Vida Privada”, in *Comunicação e Defesa do Consumido*, Coimbra.
 - ROGALL, Klaus (2011) “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha, in *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 117-145.
 - SARMENTO E CASTRO, Catarina (2005) *Direito da informática. Privacidade e Dados Pessoais*, Lisboa: Almedina.
 - SEGURA, Filipa, Covacich (2013) *A questão da colocação de um receptor de GPS no veículo de um suspeito ou arguido como meio de obtenção de prova em Processo Penal*, Dissertação de Mestrado Forense, vertente Civil e Penal. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
 - SEIÇA, Alberto Medina de (2003) – “Legalidade da Prova e Reconhecimentos “atípicos” em Processo Penal: Notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Org. por Manuel da Costa Andrade. Coimbra Editora, pp. 1387 -1421.
 - SILVA, Germano Marques da,
(1994) “Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos”, in *Direito e Justiça*. Vol VIII. Tomo II.
(2005) “Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (A Democracia em perigo)”, in *Lusíada*, Série II. nº3. Lisboa: Universidade Lusíada.
 - SILVA, Sandra Oliveira e, (2011) “Legalidade da prova e provas proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro/Dezembro de 2011), pp. 545-591.
 - SIMGERMAN, Murray, (2004) “GPS invasion of worker privacy, in *Maryland bar Journal*. Vol. 37.
 - SOARES FARINHO, Domingos, (2006) *Intimidade da vida privada e media no Ciber Espaço*, Coimbra: Almedina.

- SOARES, H.L. C. (2015) *A monitorização de suspeito através da implantação de equipamento GPS em veículos: admissibilidade e requisitos em Portugal*, Relatório de Mestrado em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais na unidade curricular de Direito Processual Penal. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- SOUSA, Susana Aires de, (2003) “Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra. Coimbra Editora.
- SUZANO, Helena (2009) *As escutas telefónicas*, Coimbra: Coimbra Editora.
- TAILOR, M., Haggerty, J., Gresty, Dihegarty, R. (2010) “Digital Evidence in Cloud Computing Systems”, in *Computer Law & Security Review*, nº26.
- TEIXEIRA, António de Jesus, (2014) “Os limites do efeito-à-distância: nas proibições de prova no Processo Penal Português”, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- TOWINS, Douglas e COBB, Lorna (2012) “Notes on: GPS Technology; Employee Monitoring Enters a New Era”, in *Labor Law Journal*.
- UNODC- United Nations Office on Drugs and Crime (2009), *Current practices in electronic surveillance in the investigation of serious and organized crime*. New-York, United Nations Publication. Disponível em, [em linha] https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic_surveillance.pdf , consultado em 25/10/2017.
- VASCONCELOS, Pedro pais de (1999) Protecção de Dados Pessoais e Direito à Privacidade, in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- VERDELHO, Pedro,
(2004) “A Obtenção de Prova no Ambiente Digital”, in *Revista do Ministério Público*. Ano 25, nº99, Julho/Setembro pp. 117-136.
(2006) “A Reforma Penal Portuguesa e do Ciber Crime”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 27, Out/Dez, nº 108, pp-97-124.
(2008) Técnica do novo CPP: exames, perícias e prova digital, in *Revista do CEJ*. 1º Semestre de 2008.
- WINTER, Lorena Bachmaier, (2011) “Investigation criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina.
- Zoller, Mark A. (2009) “O intercâmbio de informações no domínio da informação Penal entre Estados-membros da União Europeia”, in *II Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina.

Jurisprudência nacional

Tribunal Constitucional:

- Acórdão nº 7/87
- Acórdão nº 616/98

- Acórdão n.º 254/99
- Acórdão n.º 192/2001
- Acórdão n.º 29/2002
- Acórdão n.º 607/2003
- Acórdão n.º 42/2007
- Acórdão n.º 213/2008
- Acórdão n.º 486/2009

Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão de 3-04-2002
- Acórdão de 8-11-2006
- Acórdão de 22-05-2007
- Acórdão de 29-04-2010
- Acórdão de 14-07-2010
- Acórdão de 17-02-2011
- Acórdão de 12-11-2013
- Acórdão de 13-11-2013
- Acórdão de 16-10-2014
- Acórdão de 17-04-2015
- Acórdão de 08-02-2016
- Acórdão de 18-05-2017

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Acórdão de 05-06-2002
- Acórdão de 23-06-2004
- Acórdão de 14-11-2007
- Acórdão de 20-11-2008
- Acórdão de 22-12-2009
- Acórdão de 13-04-2016

Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão de 13-02-2008
- Acórdão de 27-02-2013

- Acórdão de 21-03-2013
- Acórdão de 22-04-2013
- Acórdão de 12-06-2013
- Acórdão de 05-12-2016

Tribunal da Relação de Évora

- Acórdão de 07-10-2008
- Acórdão de 08-04-2014
- Acórdão de 08-05-2014

Tribunal da Relação de Guimarães:

- Acórdão de 12-10-2009
- Acórdão de 03-03-2016

Jurisprudência internacional

- Goldman vs USA, de 27-04-1942
- Handyside vs Reino Unido de 07-12-1976
- Malone vs UK de 02-08-1984
- Huvig vs França de 24-04-1990
- Calogero vs Italia de 15-11-1996
- Contreras vs Espanha de 30-07-1998
- Jalloh vs Alemanha de 11-07-2006
- Moreno vs USA de 11-02-2010
- Uzun vs Alemanha de 02-09-2010
- Jones vs USA, de 08-11-2011

Legislação

Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro

Lei nº 101/2001 de 25 de Agosto

Lei nº 5/2002 de 11 de Janeiro

Lei nº 41/2004 de 18 de Agosto

Lei nº 1/2005 de 10 de Janeiro

Lei nº 48/2007 de 29 de Agosto

Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro

Lei 32/2008 de 17 de Julho

Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto

Lei nº 109/2009 de 15 de Setembro

Lei nº9/2012 de 23 de fevereiro

Lei nº 46/2012 de 29 de Agosto

DL nº 78/87 de 17 de Fevereiro

DL nº 317/95, de 28 de Setembro

DL nº 205/2005 de 29 de Novembro

DL nº 111/2008 de 18 de Maio

DL nº 112/2009 de 18 de Maio

Deliberação nº 7680/2014 Deliberação nº 1565 de 2015

Directiva nº 2002/58/CE, do PE e do Conselho, de 12 de Julho

Directiva nº 2009/136 CE do PE e do Conselho de 25 de Novembro

Lei Orgânica N° 4/2007 de Espanha